

02

2013 - Novembro

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



ISSN 2318 2253

Sumário

Apresentação	2
I - Atualidades	
Libre Competencia: Análisis y Perspectivas del Ordenamiento Ecuatoriano	4
II - Doutrina	
Controle de Condutas	
Direito da concorrência e <i>enforcement</i> privado na legislação brasileira (Tercio Sampaio Ferraz Jr.).....	11
A proteção dos documentos de leniência no âmbito de ações de indenização por violação das regras de concorrência na União Europeia (Mariana da Conceição Madeira Tavares)	32
Dosimetria da pena de multa em cartéis no âmbito do Cade. Dificuldades e perspectivas comparadas aos EUA e à Comissão Europeia (Hugo Emmanuel D Gonçalves Valladares) ...	45
A política antitruste no Brasil e o combate a cartéis à luz do novo Cade (Erick Leonardo Freire Carvalho).....	74
Controle de Estruturas	
<i>Gun jumping</i> e troca de informações sensíveis entre concorrentes com o controle prévio de estruturas do SBDC (Carolina Saito)	92
Submissão dos fundos de <i>private equity</i> à análise concorrencial (Júlia Batistella Machado)	119
A nova lei da concorrência e o impacto de suas mudanças nas análises de atos de concentração pelo Cade (Julia Mendes Carvalho)	134
<i>Joint ventures</i> internacionais: funcionamento e particularidades (Giovanna Bakaj)	149

Apresentação

A segunda edição da **Revista de Defesa da Concorrência** apresenta nove artigos e conta com a participação de dois autores – e autoridades – estrangeiros, cujos trabalhos contribuem para diversificar as perspectivas e as abordagens das problemáticas no âmbito da defesa da concorrência. Dessa maneira, buscamos fortalecer a visibilidade internacional da revista.

Essa edição segue o formato de apresentação da primeira edição, com uma parte sobre “Atualidades” e outra dedicada à “Doutrina”.

Na seção “Atualidades”, contamos com o artigo do Dr. Pedro Páez, Superintendente da *Superintendencia de Control Del Poder de Mercado*, a autoridade da concorrência do Equador. O autor apresenta a nova lei – *Ley Orgánica de Regulación y Control Del Poder de Mercado* – do Equador, de 29 de setembro de 2011, que cria a referida instituição de defesa da concorrência. A publicação serve também como forma de divulgar o importante trabalho desenvolvido pela nova autoridade de defesa da concorrência do Equador, além de incentivar a submissão de outros artigos estrangeiros, em especial latino-americanos.

Na seção de “Doutrina”, optamos pela divisão clássica em controle de condutas e controle de estruturas, como modo de organizar os tópicos e facilitar a leitura.

Na primeira subseção, temos a honra e o privilégio de termos um artigo do Professor Tércio Sampaio Ferraz Junior, que trata do *enforcement* privado das decisões no âmbito do direito da concorrência. Em seguida, Mariana da Conceição Madeira Tavares, renomada especialista portuguesa na matéria, traz uma visão europeia da defesa da concorrência, abordando a proteção dos documentos de leniência no âmbito de ações de indenização por violação das regras de concorrência na União Europeia – assunto que possui especial relevância no atual conjuntura da política de defesa da concorrência no Brasil. Ainda nessa subseção, um artigo discorre sobre a dosimetria da pena de multa em cartéis, sob uma perspectiva comparada entre o Brasil e a União Europeia. Um quarto artigo fecha a temática do controle de condutas, com um tema clássico relativo à política antitruste e o combate a cartéis no Novo Cade.

Na outra subseção da parte de “Doutrina”, relativa ao controle de estruturas, um artigo analisa a importante problemática atual de *gun jumping*, assim entendido como a implementação de uma operação de concentração antes da devida autorização por parte da autoridade da concorrência. Temática igualmente importante é retratada em artigo subsequente, a respeito dos fundos de *private equity* e a sua relevância no âmbito da defesa da concorrência. Além disso, mantivemos também as abordagens clássicas do direito concorrencial no Brasil, com uma contribuição sobre o impacto da nova lei brasileira focada à análise dos atos de concentrações. Enfim, para fomentar a discussão das fronteiras da defesa da concorrência, há um trabalho interessante sobre as *joint ventures internacionais*, suas particularidades e seus efeitos sobre a concorrência.

Desejamos a todos uma ótima leitura!

Vinicius Marques de Carvalho

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

Editores-chefes da Revista de Defesa da Concorrência

Libre Competencia: Análisis y Perspectivas del Ordenamiento Ecuatoriano

La aprobación, el 29 de septiembre de 2011 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado en nuestra Asamblea Nacional, marcó un hito en la historia de nuestra legislación. Por primera vez se aprobaba una ley en materia de competencia, la cual tiene el propósito de vigilar y corregir los errores de mercado presentes en las relaciones de los diferentes operadores económicos en nuestro país y que, entre sus consecuencias traería mayores beneficios a los consumidores. La aprobación y posterior expedición de esta norma fue la culminación de un proceso iniciado años atrás, que dio lugar a varios intentos frustrados por aprobar una Ley de esta naturaleza. Tal vez el más prominente de ellos fue aquel del año 2001, en el cual el entonces Congreso Nacional aprobó una “Ley Antimonopolios y de la Libre Competencia” que fue vetada en su totalidad por el entonces Presidente Dr. Gustavo Noboa Bejarano.

Sin embargo, el Derecho de la Competencia no era del todo ajeno a nuestro ordenamiento jurídico. La Decisión 608 de la Comunidad Andina de Naciones, aprobada en marzo de 2005, ya establecía normas para sancionar y prevenir las conductas anticompetitivas en mercado. Esta norma entró en vigencia en nuestro país a través de la Decisión 616, de julio de 2005, y el Decreto Ejecutivo 1614, de marzo de 2009, y fue objeto de una temprana aplicación por parte de la Subsecretaría de Competencia del Ministerio de Industrias y Producción, entre los años 2009 y 2012.

Pero es sólo a través de la aprobación de la ya mencionada Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que crea la Superintendencia de Control de Poder de Mercado así como la designación del Superintendente de Control de Poder de Mercado, que en el Ecuador empieza a tener plena vigencia el derecho de competencia y pasamos así a contar con una Autoridad con las potestades suficientes para el control y la regulación de las conductas anticompetitivas en el mercado.

Nuestra Ley, en este sentido, ofrece una estructura particular y consagra principios que van de la mano de los principios constitucionales y que merecen estudio. Se incorporan, por ello, varios principios que se diferencian de aquellos de las doctrinas tradicionales de competencia. El objetivo de ello es permitir una mayor compenetración entre las normas y el sistema jurídico en su totalidad.

Es interesante la transversalidad del principio de comercio justo que es contemplado tanto en la Ley como en la Constitución. Este objetivo se compagina con los demás que manifiesta la Ley en su artículo 1 y que son más comunes en legislación comparada. El

comercio justo es desarrollado, además, en nuestra Norma Suprema, en su artículo 336, que reza lo siguiente: *“El Estado impulsará y velará por el comercio justo como medio de acceso a bienes y servicios de calidad, que minimice las distorsiones de la intermediación y promueva la sustentabilidad.”*. Otra adición importante es la búsqueda por establecer un sistema económico social, solidario y sostenible. Todo ello da como resultado una norma que no se limita a los criterios de eficiencia y bienestar del consumidor, generalmente reconocidos en las leyes de esta naturaleza, sino que da un paso más allá en la integración de nuestra Ley con la Constitución.

Nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado reconoce, además, el principio de primacía de la realidad en su artículo 3. La autoridad ecuatoriana está llamada a estudiar las conductas presuntamente anticompetitivas a través de un lente especial, que ve más allá de la simple subsunción del hecho a la norma. Debe reconocer los efectos y la realidad económica en cada caso para poder determinar la existencia de estos actos que resultaren en infracciones a la Ley.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, en su Capítulo II, desarrolla las conductas sujetas a control y sanción por parte de la Autoridad. Primero establece los parámetros para la determinación del Mercado Relevante para cada caso particular, siendo esta una herramienta indispensable para determinar el marco dentro del cual se llevarán a cabo todas las investigaciones.

En nuestro ordenamiento jurídico se sancionan, en primer lugar, los abusos del poder de mercado, que incluyen todo acto abusivo realizado por operadores económicos con una posición de dominio. Estas conductas están establecidas en el artículo 9, y sólo serán objeto de sanción cuando se haya verificado la existencia de poder de mercado de acuerdo a los parámetros establecidos en los artículos 7 y 8. Una adición importante que tiene nuestra Ley es la de la figura del abuso de poder de mercado en situación de dependencia económica en el artículo 10, a través de la cual se sancionan los actos de los operadores económicos tendientes a la explotación de sus clientes o proveedores cuando éstos últimos no dispongan de alternativas equivalentes para el ejercicio de su actividad económica.

Otra conducta sancionada son los acuerdos y prácticas restrictivas, que se pueden dar a través de convenciones, recomendaciones generales o, inclusive, de prácticas conscientemente paralelas, como reza el artículo 11. El artículo 12, sin embargo, contiene los parámetros para una eventual exención de sanción, la cual se podrá dar siempre que el acuerdo contribuya a mejorar la producción, comercialización y distribución de bienes y servicios. Todos los operadores económicos que se acojan a esta exención, sin embargo, serán sujetos de

permanente control y vigilancia por parte de la Autoridad, para asegurar el cumplimiento de las condiciones que dan lugar a ella.

El control de concentraciones es otra de las áreas de control que se incluyen en el Capítulo II de nuestra Ley. El artículo 17 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado da la pauta para el cálculo del volumen de negocios. Con base a éste, se establece, en el artículo 16, qué fusiones, adquisiciones y demás actos de concentración se deben notificar obligatoriamente a la Autoridad para su aprobación. Estas notificaciones deberán ser realizadas en un plazo de ocho días a partir de la conclusión del acuerdo. Luego de que la Autoridad tenga conocimiento del caso concreto, deberá resolver de acuerdo a los parámetros de los artículos 21 y 22, pudiendo aprobar la concentración, aprobarla condicionalmente o denegarla, para lo cual la Autoridad tendrá un plazo de 60 días, el mismo que podrá ser suspendido por 60 días. Existe también un régimen de exenciones de notificación obligatoria en el artículo 19.

Además, existe en nuestro ordenamiento, además, las notificaciones informativas, que son aquellas que realizan los operadores económicos que no cumplen con los criterios para que su concentración se califique como una notificación obligatoria, voluntariamente, a petición de parte o de oficio. Por último, la Superintendencia podrá iniciar investigaciones sobre concentraciones no notificadas con el fin de comprobar que no violen la Ley.

Otra de las características particulares de la normativa ecuatoriana es la inclusión, dentro de la misma Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, de las prácticas desleales como infracciones objeto de sanción. Sin embargo, sólo son objeto de sanción por esta Ley las prácticas desleales que tienen efectos negativos para la eficiencia económica, el bienestar general y los derechos de los consumidores. Consecuencia de ello es que exista una suerte de bifurcación en la sanción de prácticas desleales en nuestro país, pues las antedichas serán de conocimiento de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, mientras que aquellas que sólo involucren derechos de propiedad intelectual entre particulares y no importen una afectación general, deberán ser conocidas por el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, que es la autoridad en materia de propiedad intelectual en nuestro país.

En el Capítulo III sobre acción del Estado y ayudas públicas, nuestra ley incorpora un modelo característico para la admisión de restricciones a la competencia por razones de interés público, así como para la utilización de recursos públicos como ayuda a determinados operadores económicos. Para el establecimiento de restricciones a la competencia se crea una Junta de Regulación, integrada por las máximas autoridades de las carteras de Estado a cargo de la producción, la política económica, los sectores estratégicos y el desarrollo social, o sus

delegados, que es ajena a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, y quien será la encargada de determinar cuáles son los casos de interés público que requieren de acción del Estado. A la Superintendencia le corresponde, a partir de ello, la vigilancia y eventual sanción en el evento de que las medidas adoptadas por la Administración Pública no estén en armonía con los fines buscados, de acuerdo a las resoluciones de la Junta de Regulación. Por otro lado, las ayudas públicas que se otorguen deben siempre ser notificadas a la Superintendencia, a quien corresponderá evaluarlas y verificar que cumplan los fines para los cuales fueron establecidas.

La Ley otorga amplias facultades de investigación a la Superintendencia de Control del Poder de Mercado. Podrá esta Autoridad requerir cualquier información o documentos que estime necesario a las instituciones públicas u operadores económicos. Éstos están obligados a colaborar y proveer información veraz y oportuna, siendo, inclusive, sujetos de sanción en caso de resistencia. La Superintendencia tiene, además la facultad de exigir se le presenten todos los documentos contables, llamar a declaración o testimonio a los operadores involucrados y demás personas relacionadas y a realizar inspecciones sin necesidad de autorización judicial en los locales y establecimientos investigados. La Ley sólo exige autorización judicial en caso de allanamientos y retenciones, así como de inspecciones a domicilios particulares o que necesiten descerrajamiento en los locales. Todas estas potestades son coherentes con el mandato legal del artículo 48 inciso 5to, que establece que la carga de la prueba es de la Superintendencia, exceptuando los casos de acuerdos restrictivos en los que los involucrados ocultaren o destruyeran información.

El procedimiento administrativo es regulado en los artículos 53 y siguientes de la Ley. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado puede iniciar la investigación de tres formas diferentes: de oficio, cuando tenga noticia directa o indirectamente del cometimiento de infracciones; a través de petición de otro órgano de la Administración Pública, cuando éste haya encontrado indicios de dichas infracciones; o por denuncia formulada por el agraviado de las presuntas conductas anticompetitivas. La Ley, sin embargo, no diferencia los procedimientos por su materia, sino que establece un procedimiento unitario, sea que la conducta investigada sea un acto abusivo, un acuerdo ilícito o una práctica desleal, lo cual puede ser limitativo en ocasiones. La única diferenciación entre procesos que encontramos en la Ley es en relación a su forma de apertura, que tiene como consecuencia una variación en los tiempos de las etapas dependiente de cómo se inició el proceso: de oficio, solicitud de la Administración Pública o denuncia.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado establece, además, los recursos que se pueden presentar para impugnar cualquier resolución en primera instancia. Siendo estos los mismos recursos existentes para todo acto administrativo en Ecuador, a saber: el recurso de reposición, ordinario y horizontal; recurso de apelación o jerárquico, que eleva el caso para conocimiento del Superintendente de Control del Poder de Mercado; y recurso extraordinario de revisión, que pone el caso también en conocimiento del Superintendente, pero con el objeto de que se puedan revisar los errores materiales, de derecho e, inclusive, pruebas. Además, se podrán interponer recursos judiciales ante las decisiones de la Superintendencia ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, sin necesidad de agotar las instancias administrativas. Este último recurso, sin embargo, no tendrá carácter suspensivo respecto de las medidas preventivas y correctivas ya tomadas en sede administrativa y sólo lo tendrá respecto a las multas cuando el perjudicado rinda caución por el cincuenta por ciento del valor de la misma.

La Ley de Regulación y Control del Poder de Mercado cuenta con un régimen de sanciones en su Capítulo VI, donde divide las infracciones en leves, graves y muy graves. En su artículo 79 se establecen los parámetros para determinar las cuantías de las sanciones, que, en lo posible, tendrán relación proporcional al volumen de negocios del operador económico en el ejercicio inmediatamente anterior. De no existir esa información, se establecen también montos máximos de las sanciones.

Existen también exenciones al pago de las multas, conocido comúnmente en el mundo de la competencia como régimen de clemencia, al que puede acceder el operador que, participando de una colusión, sea el primero en denunciar ésta ante la Autoridad. Encontramos, así mismo, circunstancias que permitirían a los operadores reducir sus multas si colaboran con las investigaciones de esta Superintendencia. Por último, en cualquier momento de la investigación, el presunto infractor podrá presentar un proyecto de compromiso de cese, en el cuál debe reconocer el cometimiento de la conducta anticompetitiva, ofrecerse a desistir de la conducta investigada y resarcir los daños causados. Estos compromisos serán estudiados por la autoridad, integrando los criterios de las demás partes de la investigación, para su admisión, modificación o denegación.

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado cuenta con un Superintendente, cinco Intendencias y una Comisión de Resolución de Primera Instancia. El primero es la autoridad máxima en materia de competencia en el Ecuador. La Intendencia General es la encargada de coordinar las diferentes acciones llevadas a cabo por las distintas intendencias. La Intendencia de Investigación de Abuso de Poder de Mercado, Acuerdos y Prácticas

Restrictivas cuenta con dos direcciones encargadas del estudio de cada uno de éstas conductas sujetas a sanción. La Intendencia de Control de Concentraciones es la encargada de llevar a cabo el procedimiento de aprobación de las concentraciones, así como su posterior vigilancia. La Intendencia de Abogacía de la Competencia, es la encargada de la promoción de la libre competencia y la realización de estudios de mercado. Por último, la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, encargada de las investigaciones de éstas últimas.

Una vez concluidos los procedimientos de investigación dentro de las intendencias, y en concordancia con la Ley, los expedientes son remitidos a la Comisión de Resolución de Primera Instancia, que es el ente encargado de emitir una resolución final. Este procedimiento permite respetar el principio de independencia de la autoridad juzgadora, separándola del órgano investigador. Todas las resoluciones de esta Comisión, sin embargo, son objeto de los recursos disponibles en la Ley y ya mencionados.

La cooperación interinstitucional ha sido una de las piedras angulares de la temprana formación de nuestra Superintendencia. Hemos sido capaces de concretar acuerdos de cooperación con muchas de las Autoridades de competencia a nivel internacional. Existen convenios con el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) del Perú, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) de Chile, el Conseil de la Concurrence de Francia y el Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) de Brasil, por poner sólo algunos ejemplos. Esto nos ha permitido realizar talleres, foros y capacitaciones con nuestros funcionarios, procurando un mejor nivel de trabajo así como de pautas para establecer nuestros objetivos como institución.

Como institución hemos considerado fundamental la socialización de la norma de competencia así como de nuestras funciones como Superintendencia. Hemos sido capaces, con la ayuda de los diferentes convenios realizados, de montar varios talleres y conferencias abiertos a la ciudadanía. A través de ellos hemos podido informar al público de las funciones, objetivos y perspectivas de esta Autoridad y dado a conocer los contenidos de nuestra Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Nos hemos valido, además, de otros medios como son las redes sociales y los canales de televisión para cumplir con estos objetivos de la forma más eficiente.

A pesar de su calidad de novel institución, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado desarrolla ya una amplia e intensa actividad. En su primer año en funciones, ha tramitado ya 77 casos, divididos de la siguiente manera: 21 estudios de mercado llevados a cabo por la Intendencia de Abogacía de la Competencia, 12 casos de control de concentraciones en la Intendencia de Control de Concentraciones, 20 casos en la Intendencia

de Investigación de Abuso de Poder de Mercado Acuerdos y Prácticas Restrictivos y 24 casos de prácticas desleales. De éstos, ya 26 casos han sido finalizados.

Si bien contamos con una Ley y una Autoridad joven en el Ecuador y reconocemos que aún queda mucho por hacer en el campo de la libre competencia, la aprobación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado ha sido un paso en la dirección correcta. Estamos conscientes de que la Ley está sujeta a mejoras y existen ya análisis de posibles reformas. Temas como la división de procedimientos por materias específicas o una mejor coordinación con otras Instituciones como el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual son algunos de los ejemplos que podrían hacer de nuestra Ley una mejor. No obstante, el contar con una normativa que regule y sancione las prácticas anticompetitivas, que tienen como gran perjudicado al consumidor, es ya un avance trascendental y sin antecedentes en la legislación ecuatoriana.

Superintendencia de Control del Poder de Mercado

15 de octubre de 2013

Direito da concorrência e *enforcement* privado na legislação brasileira

Tercio Sampaio Ferraz Junior¹

RESUMO:

O artigo aborda a temática do *enforcement* público e privado no direito concorrencial a partir da responsabilização por ilícitos concorrenciais, sustentando que esta assume caráter autônomo em relação à responsabilidade civil e deve, portanto, ser regida pela lei antitruste. O ilícito concorrencial é compreendido como violação a direitos *difusos*, que não obstante podem ser reivindicados em juízo individualmente. Nesse sentido, o *enforcement* privado se conecta ao interesse público e a condenação passa a ter efeito indenizatório ao mesmo tempo que dissuasório ou repressivo. Para a abordagem do tema, o artigo explora as diferenças na configuração do dano por cartel no caso da adoção de ponto de vista econômico ou jurídico e a questão do ônus da prova na reparação de danos por falseamento da concorrência.

Palavras-chave: *Enforcement*, reparação do dano, ilícitos concorrenciais, indenização, dissuasão.

Classificação JEL: K21 - Antitrust Law.

¹Doutor em Filosofia e doutor em Filosofia do Direito. Professor aposentado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Advogado.

SUMÁRIO: 1. *Enforcement* público e privado 2. Da questão da reparação de dano decorrente da prática de infração da ordem econômica e o sentido do art. 29 da Lei nº 8884/94 e art. 47 da Lei nº 12.529/11: do objeto normativo em sede concorrencial, abuso e dano 3. Dano e indenização no caso de cartel: o dano do ponto de vista econômico e jurídico 4. Da questão da prova e o tema da assimetria de informações; do *ônus probandi* e da defesa mediante inversão do ônus (*passing-on defense*) 5. Conclusão 6. Referências bibliográficas

1. *Enforcement* público e privado

O tema constitui uma das preocupações nucleares do direito antitruste. Tanto nos Estados Unidos da América como na Comunidade Europeia, existe uma discussão de grande atualidade sobre o papel agregador da força dissuasória do *enforcement* privado em face do *enforcement* público. Essa discussão, que tem, à primeira vista, um sentido econômico, aponta, no entanto, fortemente, do ângulo jurídico, em termos de segurança jurídica, para o direito ao acesso a mecanismos legais eficazes que permitam a todas as vítimas ser plenamente indenizadas pelos danos sofridos. Um intercâmbio entre praticabilidade e aplicabilidade é, pois, central para um juízo adequado sobre a metodologia apropriada a ser empregada nas cortes de Justiça, no sentido de instrumentos procedimentais, *standards* legais e regras de publicização capazes de fazer de dados econométricos documentos processuais eficientes².

A distinção entre os prejudicados diretos e indiretos, na literatura e na jurisprudência norte americana é extensa e recorrente. A distinção mostra uma preocupação com a eficácia da reparação de danos em face das peculiaridades da infração da ordem econômica. O pressuposto aí presente é da inaceitabilidade de dano sem reparação ou insuficientemente atendida mediante mecanismos de *enforcement* público.

Nessa base, a Comissão das Comunidades Europeias (à falta de, propriamente, uma *class action*) elaborou em 2008 o *Livro Branco* sobre *ações de indenização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitruste*³. E nos Estados Unidos o tema vem provocando discussões no sentido de aprimorar os mecanismos usuais em *private litigation* que conduzam a uma descentralização do *enforcement* como instrumento ancilar e

²Cf. OCDE: 2012, p. 12.

³COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS: 2008.

eficaz no fortalecimento da ação oficial no enfrentamento do poder econômico, sobretudo em sede de condutas cartelizadoras.

Assim, nos Estados Unidos, por exemplo, embora ações privadas estejam usualmente focadas na reparação de danos em termos de *compensação*, já existem muitos processos dos quais resultam condenações que são três vezes maiores que os danos estritamente privados, pois o perfil do sistema norte-americano está antes no encorajamento às vítimas para peticionar e defender seus direitos como “*compensação*” da própria conduta anticompetitiva⁴.

Há, nesses termos, um ostensivo e real empenho, teórico e prático, na literatura e na jurisprudência norte-americana e européia, em estabelecer um relacionamento eficaz entre prejuízo à concorrência e danos privados.

No Brasil, a legislação de defesa da concorrência (Lei n° 8.884/94 recentemente revogada e sucedida pela Lei n° 12.529/11), no título referente às infrações contra a ordem econômica, prevê sanções quer na forma de imposição de obrigações de fazer, quer na forma de imposição de multa pecuniária.

Quanto a esta última, à luz da doutrina, trata-se de sanção administrativa de natureza patrimonial, peculiar por suas finalidades⁵, pois não visa ao sujeito em termos de sua personalidade (ainda que jurídica) e ao seu comportamento com a carga ética de sua subjetividade, mas tem antes o sentido de uma especial punição relacionada com o funcionamento do livre mercado.

Na caracterização da infração contra a ordem econômica e sua repressão, para a CF e a legislação infraconstitucional, a noção de *abuso* é fundamental. E a infração por *abuso* tem traços peculiares, quando comparada com a chamada infração *per se*.

Quando uma restrição ao patrimônio e à liberdade de outrem é vedada normativamente, por lei, o que faz dela uma ilicitude, a restrição praticada passa a caracterizar uma lesão e o ato correspondente é ato ilícito. Trata-se, pois, de práticas *per se* condenáveis por força de lei, em face do dano que provocam. A lesão ocorre e é qualificada por força da ilegalidade da conduta. Por exemplo, os casos tipificados de concorrência desleal. Assim, ilicitude no uso de certas práticas ardilosas (como o caso de simulação de um documento, de desvio de clientela) ocorre, em princípio, quando a prática traduz a configuração da ilegalidade, isto é, é configurada, na lei, como conduta que viola a obrigação que ela impõe. A

⁴Cf. CRANE: 2009; OCDE: 2012, p.14.

⁵Cf. Jorge de Figueiredo Dias, Direito Penal Administrativo, p. 150.

correlação entre conduta e violação de uma obrigação permite uma tipificação direta, com atribuição direta da correspondente sanção.

Já para a caracterização do abuso essa correlação não é direta, nem sendo necessário que a prática constitua uma ilicitude *per se*. Em consonância com o dispositivo constitucional (art. 173, § 4º), mesmo o ato que obedece aos limites da lei, mas que, no exercício do direito, viola princípios de finalidade econômica da instituição social do mercado, produzindo um desequilíbrio entre o interesse individual e o da coletividade, constitui um abuso do poder econômico. Ou seja, mesmo no exercício de prerrogativas legítimas, conferidas por lei ou não proibidas pela legislação, os atos do agente econômico com poder de mercado podem ferir interesses, lesar terceiros, produzir desequilíbrios, desigualdades no exercício de direitos. Trata-se então de uma lesão de direito que, inobstante a legitimidade da prática, pode gerar responsabilidade. Ou seja, o ato que obedece aos limites da lei, mas que, no exercício do direito, viola princípios da finalidade (econômica ou social da instituição), produzindo um desequilíbrio entre o interesse individual e o da coletividade, pode constituir um abuso. Assim, combinar, contratualmente, um preço de produto, valendo-se da condição de produtor único e, ao mesmo tempo, de adquirente a ele ligado (empresa subsidiária do monopolista), pode significar a eliminação de outras empresas adquirentes, que tivessem dificuldade de trabalhar com aquele preço. Teríamos, então, uma lesão por abuso, caso a conduta pudesse prejudicar a concorrência em um mercado dado (mercado relevante).

Onde há exigência de legalidade estrita, como no Direito Penal, é possível apenas tanto condutas que têm característica de conduta lesiva *per se* (*produzir, comercializar, transportar, aplicar... produtos agrotóxicos em descumprimento às exigências da legislação* – Lei nº 7.802/89, art. 15), como condutas que lembram a estrutura da lesão abusiva, pois o que se pune é o efeito possível e não a conduta em si (caso do dolo eventual). Assim, no âmbito de um Direito Administrativo Sancionador, também submetido à legalidade estrita, o tratamento das ações finalistas por abuso de poder econômico merece uma atenção especial.

A ilicitude concorrencial administrativa está na conjugação da prática (ainda que lícita) com o efeito, independentemente da intenção do agente (daí a dicção normativa tanto na lei anterior como na atual: “independentemente de culpa”, assinalando, destarte, a infração como um desvio de finalidade no uso – ainda que por meio de práticas normais – do poder econômico). Como no dolo eventual, o risco é um fator a ser levado em conta pelo agente, mormente quando tem, no mercado relevante, *posição dominante*. Nesses casos a natureza da

culpa tem antes um sentido social, mais próximo do abuso de direito nos termos do Código Civil e do desvio de poder do Direito Administrativo.

A noção de abuso é próxima da de excesso. Uso excessivo e uso abusivo pressupõem, em comum, a legitimidade em princípio do uso. O poder do qual se abusa ou de qual se excede é, em regra, legítimo. Há excesso, por exemplo, quando o agente, exercendo legitimamente o seu poder, exorbita, vai além dos limites da razoabilidade contextual. Na verdade a diferença etimológica não é precisa, sendo possível considerar o excesso como uma espécie de abuso.

Nesta linha de raciocínio, se a infração é por *abuso* de poder econômico, é importante observar a capacidade e as condições do agente econômico em face dos demais. Já quanto ao mérito da conduta, há de se olhar para o exercício estratégico da prática, ou seja, para as circunstâncias e condições objetivas do momento, para a conveniência e oportunidade em que se exerce a conduta. Assim haverá abuso por excesso de poder (aspecto subjetivo) quando houver exorbitância no uso da capacidade de agir, das condições do agente (por exemplo, em caso de posição dominante ou de monopólio). Independentemente da condição subjetiva, o abuso ocorre também por desvio de finalidade (aspecto objetivo), por possibilidade efetiva de produzir-se um efeito danoso ao mercado no contexto da prática (condutas cartelizadoras para evitar os prejuízos de uma “guerra de preços”, mas que provocam substantivos prejuízos ao mercado e ao consumidor).

No campo jus-concorrencial, porém, o aspecto subjetivo e objetivo convergem para dar lugar a uma espécie de responsabilidade objetiva.

Na verdade, no lugar da culpa subjetiva ou da mera responsabilidade pelo risco entra a *culpa social*, donde a responsabilidade por desvio de finalidade como inerente à concorrência, isto é, a idéia de que, quando o agente formula suas estratégias no uso de seu poder econômico, o direito à livre concorrência – livre iniciativa - não pode ser exercido com efeitos contra a própria concorrência. De se falar, nesse sentido, de uma infração quando há ruptura do equilíbrio concorrencial ainda que se trate de ato praticado sem a intenção de lesar ou pôr em risco o específico direito de outrem. De onde a concorrência como *interesse difuso*.

Desse modo, a prova do abuso tem por princípio geral a investigação do fim econômico (e social) do direito de concorrência, ao comparar-se sua relevância com a dos interesses subjetivos em jogo. Esse exercício comparativo é que abre a exigência de ponderação de meios e fins na configuração da infração concorrencial como uma espécie de excesso/abuso. Deve ser verificado se o agente econômico, adotando práticas mesmo em

condições objetivamente legais, procede de tal modo que atinja, venha a atingir ou possa atingir mesmo sem conseguir efeitos contrários aos protegidos pelo princípio da livre concorrência (CF: eliminação de concorrência, dominação de mercado, aumento arbitrário de lucros). Essa relação é causal (ainda que no terreno da probabilidade), mas sua avaliação exige do julgador um exercício de ponderação própria da percepção da lesão que o abuso traz para o mercado.

Ora, a entender-se a lesão pelo efeito provocado pela prática, em si neutra (tolerável, legal), mas, por uma forma de excesso, configurada como abusiva, é preciso entender, então, qual o sentido da sanção correspondente, isto é, como ela é punida. Ou seja, a natureza da infração por abuso afeta peculiarmente a previsão e a aplicação de sanções.

Como se trata de lesão a um interesse difuso, cujo sujeito é a coletividade (Lei nº 8.884/94, art. 1º, parágrafo único, disposição que se repete no mesmo artigo e parágrafo no articulado da Lei nº 12.529/11), a ação punitiva do Poder Público, em especial da Administração, não visa, primariamente, a uma *reparação* nem a uma *compensação*, mas a uma *intimidação*. Ou seja, a lesão ao interesse difuso (livre concorrência) visa à cessação de uma prática, tendo a sanção correspondente um sentido ostensivamente *dissuasório*. Ou, para usar os termos de Celso Antônio Bandeira de Mello, tem precipuamente **uma função intimidadora e exemplar** (*Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2006, VII, 17).

Isso é perceptível, podendo ser constatado, de um lado, pela previsão de medidas sancionadoras na forma de obrigações de fazer, que não visam a ressarcir a Administração de algum prejuízo que a ação ou inação do administrado lhe causou, que o processo administrativo nem têm intuito de ressarcir, intuito reparatório ou compensatório, para a Administração, nem caráter cominatório, que vise a compelir o administrado a uma atuação positiva. Por outro lado, pode-se entender que a previsão de multa não tenha, do mesmo modo, nem o intuito de um ressarcimento, nem caráter cominatório, mas função ostensivamente intimidatória e exemplar.

E nesse ponto cruzam-se, como já destacado, o *enforcement* público e privado.

No caso de cartel, por exemplo, a jurisprudência do Cade tem enfrentado essa questão com especial atenção, reconhecendo que a autoridade "*deve avançar no estabelecimento de punições mais duras em ilícitos de cartel, aquele que é, de modo incontroverso, o mais grave dos ilícitos antitruste, alcançando nas mais variadas jurisdições a pena máxima prevista*", e com o objetivo de dar maior transparência a atuação do Cade propôs que "*no caso da infração*

implementada do chamado cartel clássico, caso em que os danos gerados são presumidos, quando não quantificados, o Cade deve estabelecer punições que variam entre o máximo legal, 30%, para a empresa claramente líder e 15% para empresa(s) com multas atenuantes. Este espectro seria preenchido c/as peculiaridades da atuação de cada representada, o que garantiria a individualização da pena, sem ameaçar o efeito punitivo e inibitório que deve ter uma punição relativa à infração de tal gravidade" (Cade: PA nº 08012.000283/2006-66, p. 34-35).

Com efeito, a avaliação e mensuração de prejuízos provocados pela conduta do cartel levantam o tema dos critérios e apontam para a importância das presunções com base em dados. É o que se pode ver no seguinte exemplo:

“É difícil de mensurar o nível de prejuízo causado por um cartel específico. Contudo, experiências passadas demonstram o tamanho do dano gerado. Em um estudo que abordou centenas de análises de aumentos de preço em decorrência de cartéis, Connor concluiu que o aumento mediano de preços chega a 25%, sendo que o aumento médio identificado alcança o patamar de 49%. O autor também ressalta que o aumento de preço percebido em cartéis ocorridos fora dos Estados Unidos tende a ser ainda maior. A percepção de que os preços subiram em cerca de 25% em razão do cartel facilita a compreensão do quanto o acerto entre as representadas prejudicou consumidores, empresários e a sociedade como um todo. Ao se lembrar que, em diversos casos, estes valores a mais eram cobrados sobre produtos essenciais à preservação da vida humana ajuda a colocar a ação das representadas na perspectiva adequada” (Cade: PA nº 08012.009888/2003-70, fls. 7138-7139).

Uma leitura apressada dessas citações poderia levar ao equivocado entendimento de que, pela legislação brasileira, o ilícito econômico tem sua repressão condensada na ação administrativa e seu controle judicial, sendo seu foco primordialmente de natureza punitiva e intimidatória e nunca compensatória ou indenizatória.

Nesse ponto vale recordar que o direito concorrencial nasce de um progressivo distanciamento da separação rígida entre a responsabilidade *ex facto* e a responsabilidade prospectiva, entre a responsabilidade estritamente subjetiva e a responsabilidade pelo risco e a responsabilidade objetiva, a função privatista da propriedade e sua função social. Ou seja, o direito antitruste não se qualifica facilmente quer como direito público quer como direito privado, donde, no direito brasileiro, o uso da expressão *interesse difuso* e, sob a rubrica *direito econômico*, a proteção tanto de direitos chamados *individuais homogêneos*, como *individuais stricto sensu*.

Em seu nascedouro, aliás, é importante notar que o próprio Sherman Act (1890) foi interpretado, inicialmente, fortemente limitado pela tradição do *common Law*, razão porque as

condutas cartelizadoras eram vistas como *restrição ao comércio*, nos termos da estrita esfera privatista. Daí a ideia de que as punições exigiriam a demonstração de que os acordos cartelizadores provassem o dano direto a terceiros não participantes das combinações. A livre iniciativa era vista, assim, como direito à liberdade do agente econômico para exercer legitimamente sua atividade competitiva, quer na relação com concorrentes, quer na relação entre fornecedores e adquirentes.

O grande passo na direção daquilo que hoje chamamos de interesse difuso ocorre pela percepção de que é a própria interação competitiva entre agentes econômicos que deveria ser tomada como o bem protegido. Fruto inicial do trabalho dos economistas neoclássicos (modelo da “concorrência perfeita”), essa percepção se transfere para o mundo jurídico ao tomar-se o “comércio” como “competição”, no que as restrições provocadas pelo poder econômico passam de uma restrição aos comerciantes concorrentes a uma restrição à concorrência entre comerciantes concorrentes.

Isso, porém, não significou um alheamento e uma abstração das questões privadas, como se a repressão ao poder econômico abusivo devesse eliminar totalmente o subjetivismo e a individualidade na identificação da responsabilidade pelo dano (*concorrência entre concorrentes*). Numa visão pragmática do direito, o direito concorrencial protege um bem inespecífico individualmente (a concorrência como interesse difuso), mas com os olhos na atribuição de riscos prováveis, caso em que os agentes econômicos se tornam responsáveis pelas consequências prováveis e previsíveis da atividade na qual se envolvem. Trata-se de um resgate inovador da figura clássica do *bonus pater familias*, mediante a qual o agente econômico (*businessman*) almeja e age com previsibilidade e objetividade enquanto um fator comum para os investimentos de todos, quer em relações verticais, quer em horizontais. Porém, embora em termos públicos a proteção contra desvios (abuso) se destine à coletividade, seria inaceitável imaginar que o prejuízo individual (cliente, concorrente, consumidor) pudesse ser inteiramente subsumido, em termos privados, ao *enforcement* público. Afinal, nas relações econômicas em um mercado dado são os sujeitos individualmente tomados que sofrem os prejuízos da conduta abusiva e sofrem lesão em sua liberdade e seu patrimônio. Daí o problema de como lidar, privadamente, com as *assimetrias de informação* implicadas no abuso contra sujeitos individualizados quer na relação concorrencial, quer na relação consumerista, diante das quais a análise subjetiva da culpa e a doutrina da causalidade objetiva ganham novos contornos.

É possível entender, então, porque, em sede de direito concorrencial, a responsabilidade civil em termos denexo causal passa a ter uma dimensão atuarial que se reflete não só na configuração do dano ao interesse difuso, mas, na própria configuração desse, também na configuração do dano privado. Afinal, não haveria outro modo eficiente de tratar esse problema: como lidar com a conceituação de *conspiracy* em termos de *attempt to monopolize* (interesse difuso) e, ao mesmo tempo, a configuração como ilícita de uma conduta em grupo, a qual, individualmente praticada, também seria lícita (interesse individualizado). Se, em termos de *enforcement* público, ela se configura como um *dangerous probability of success*, donde o teor do dispositivo da legislação brasileira: *tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados* (Lei n° 8.884/94, art. 20, e Lei n° 12.529/11, art. 36), em sede de *enforcement* privado a *probabilidade de sucesso* se torna o eixo da análise e, como tal, o fator que deve ser levado em conta para a fixação de indenizações. Ou seja, ao lidar-se com indenizações privadas pela violação de direito difuso não estamos propriamente no terreno do dano estritamente civil em termos de obrigações privadas contratuais, posto que a infração que lhe dá causa tem uma natureza própria e peculiar.

A lei de defesa da concorrência, nesse sentido, guarda analogia com a lei de defesa do consumidor (ambas lidam com interesses difusos e ambas prevêm também a reparação do dano individual). Nesse sentido, como esta última⁶, a lei concorrencial é uma *lei principiológica*, no sentido de que nem é *lex generalis* nem *lex specialis*. Sua natureza constitucional (art. 174, § 4° c/c art. 170, *caput* e IV da CF) faz dela a legislação que estabelece os fundamentos sobre os quais se erigem as relações concorrenciais – concorrentes em concorrência e concorrência entre concorrentes - em que esteja presente alguma forma de poder econômico⁷. Por isso as leis concorrenciais setORIZADAS na legislação de direito regulatório não obedecem, quanto às questões de concorrência, a princípios próprios, mas estão sujeitas aos princípios fundamentais da lei de defesa da concorrência. Nesse sentido, mesmo em sede de ação individual de indenização por violação de norma concorrencial não

⁶Cf. NERY e NERY, p. 181.

⁷Alcançando, inclusive, as repercussões privadas de atos soberanos de intervenção no domínio econômico, como é o caso da *guerra fiscal*, como se sabe pelo voto do Conselheiro Marcelo Calliari na resposta à consulta n° 38/99 por solicitação do Pensamento Nacional das Bases Empresariais – PNBE.

há derrogação do princípio da *responsabilidade objetiva por efeitos que se produzam ou possam ser produzidos*⁸.

Não é sem razão, portanto, que tanto a Lei nº 8.884/94, quanto a Lei nº 12.529/11, que a revogou, **tratam, em artigo expresso e destacado nelas mesmas, da possibilidade de os prejudicados poderem ingressar em juízo, para em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam *infração da ordem econômica*, bem como, por conta dela, o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos.**

Nesse sentido, conquanto a lei concorrencial mencione condutas que constituem práticas civis e comerciais (contratos, relações de fornecimento, abertura de capital, licença de uso de patente etc.), os efeitos por elas provocados - quer para o mercado, quer para os agentes - devem ser considerados do ângulo das infrações da Ordem Econômica tal como são por ela principiologicamente tratados. Assim, as multas impostas pelo legislador aos infratores por abuso de poder econômico têm antes o objetivo de compelir à ação (ato ou omissão) de evitar o *dano* à concorrência, convertendo-se em perdas e danos na hipótese de os prejudicados, voluntariamente, a elas recorrerem.

O que não significa, em consequência, que as infrações mudem de natureza nem que o ressarcimento privado se torne mera compensação quando passamos do *enforcement* público ao privado.

É do que se passa a tratar na sequência.

2. Da questão da reparação de dano decorrente da prática de infração da ordem econômica e o sentido do art. 29 da Lei nº 8.884/94 e art. 47 da Lei nº 12.529/11: do objeto normativo em sede concorrencial, abuso e dano.

A primeira observação a fazer é referente ao fato de o legislador antitruste, tanto em 1994, como em 2011, isto é, tanto na vigência do Código Civil de 1916, quanto do de 2002, haver prescrito em dispositivo expresso o direito a reparação privada, independentemente da ação administrativa, mas não independente de seus próprios princípios. Ao contrário, a

⁸“Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”. Texto do art. 36 da Lei nº 12.529/11, que reproduz, em sede de princípio, o art. 20 da revogada Lei nº 8.884/94.

existência de norma expressa garantindo o *enforcement* privado é um dado importante a ser considerado na presunção de que, diante do Código Civil vigente, a possibilidade de pedir indenização privada por perdas e danos nem precisaria ser particularmente regulamentada em lei própria.

Ou seja, como a hipótese de reparação de dano, tanto no Código Civil de 1916 quanto no de 2002, era prevista, nem haveria necessidade de nova previsão nem mesmo para “declarar” que a reparação deveria ocorrer nos estritos termos daqueles Códigos (numa forma de *remissão implícita*). Afinal, se o legislador nunca é redundante nem prescreve superfluamente, isto é, se cada norma, ainda que aparentemente esteja a regulamentar a mesma *facti species*, tem destinação própria e específica, e, ao sancionar uma norma, o legislador é sempre finalista, sempre tem algum objetivo próprio e específico (*não há palavras nem normas inúteis*), então a referida disposição da lei antitruste não deve ser reduzida, pura e simplesmente, à prescrição de reparação de dano já existente no Código Civil, mas há de referir-se a um estatuto jurídico próprio.

Vale a pena considerar o teor do texto:

Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

Este é o texto do art. 47 da Lei nº 12.529/11, que difere daquele do art. 29 da Lei nº 8.884/94 apenas na parte final que omite o termo *inquérito (independentemente do processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação)*.

A norma nomeia, como sujeitos legitimados, os “prejudicados”. Os *prejudicados* são aqueles que sofrem prejuízo pela violação de *seus interesses individuais ou individuais homogêneos*, por força de *práticas que constituam infração da ordem econômica*. Isto é, mesmo em sede de interesses individuais, não são danos marcados pelo subjetivismo privatista enquanto danos resultantes do descumprimento de obrigação, contratual ou legal, e que tenha por causa o inadimplemento de obrigação contratual, o dever contratual de responder pelo risco ou dever legal de responder sem culpa, sempre em termos denexo causal cujo núcleo é a ação subjetiva: consequência da conduta de quem o produziu⁹. Mas sim são danos resultantes de condutas em relações econômicas definidas diretamente pelo poder

⁹Assim, GOMES: 1997, p. 274.

(*exclusão e colusão*), ou porque as condutas *visam* à construção de situações de poder ou porque *se originam de* situação de poder e, em ambos os casos, os autores levam vantagem disso¹⁰. Ou seja, prejuízos cujo núcleo causal está não na *propriedade* (em sentido privatista de conduta individual e individualizável), mas na *competição* (em sentido de *interesse difuso: seus interesses individuais ou individuais homogêneos*), mas individualizados no agente econômico que os sofre.

Para apreciar essa peculiaridade em termos de um *enforcement* privado, é preciso entender como nela atua a mencionada valoração técnico-social-econômica, que dá suporte à valoração jurídica. Trata-se da apreciação das normas e relações contratuais enquanto técnica social, na qual se utilizam certos meios para obter certos fins.

Veja-se, em sede de direito privado, como atua adequadamente para esse propósito, no caso dos contratos, o princípio da sua função social, conjugação entre a liberdade contratual e o princípio da solidariedade (CF, art. 3º - I) – tanto no C.Civ. 2002, art. 421: “*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*” quanto em diferentes dispositivos do CDC.

Para compreender, nesse modelo, como relações comerciais mediante contratos de fornecimento alcançam uma dimensão social que nos conduz ao tema da concorrência, é preciso estar atento à sua função. Como observava, já de há muito, Fábio Comparato¹¹, é necessário, além de decompor sua estrutura em suas ligações fundamentais, verificar para que serve ele na vida social. Não se trata, em suma, de descobrir a chamada vontade das partes, mas de explicitar o sentido da intencionalidade funcional das cláusulas contratuais em termos de *mens contracti* em um *mercado relevante* concorrencialmente definido. E, nesse sentido, a reparação do dano antitruste em sede de indenização individual ganha sua peculiaridade jurídica.

Note-se, nesses termos, que a expressão legal (no caso em tela, Lei nº 8.884/94, art. 29) *seus interesses individuais ou individuais homogêneos* usa o conectivo *ou* numa de suas versões possíveis em português quando traduz o latim: não em forma de exclusão (*aut...aut*: ou...ou), mas de inclusão (*vel...vel*: quer...quer). O que significa que mesmo na defesa de *seus interesses individuais* a ação tem a ver com *poder econômico abusivo* e proteção de um bem com *os olhos na atribuição de riscos prováveis*. Tanto que os prejudicados individuais podem

¹⁰Cf. SALOMÃO FILHO: 2011, p. 110.

¹¹COMPARATO: 1981, p. 331 ss.

não só reclamar perdas e danos, como também *obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica*.

Nesse sentido, *o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos* não deve ser entendido como um sucedâneo de uma mera *compensação* pecuniária – indenização como forma complementar de ressarcimento¹² –, mas como um meio de tornar o prejudicado *indene* diante do uso abusivo de poder econômico no mercado relevante estruturalmente definido: o valor protegido é a competitividade, a liberdade de escolha do prejudicado. Nesse caso, o chamado *sobrepreço*, na ocorrência de conduta colusiva (cartel), é um referencial quantitativo para apurar o dano por abuso de poder econômico. Mas a apuração de sobrepreço (*overcharge effect*) não é um *prius* no tempo, podendo vir após a condenação pela conduta abusiva.

Do ponto de vista jurídico, o problema não é diferente daquele em que se encontra o juiz quando necessita da autoridade técnica do especialista para avaliar o dano resultante de um acidente de trânsito até os limites de um acidente ecológico na relação entre o dano causado às vítimas diretas e o prejuízo socioeconômico ao meio ambiente. O esforço, nesses termos, vai na direção de um cauteloso mas decidido encaminhamento da questão em linha com a possibilidade de redução do papel das estimativas dos especialistas para balancear o intercâmbio entre *exatidão* e *praticabilidade*. O que implica, em alguns casos, uma autorização ao juiz a apelar ao *mínimo razoável*, tal como ocorre, por exemplo, no Código de Processo Civil alemão, §30¹³.

Há, nesses termos, uma diferença entre o dano por conduta anticompetitiva (no caso, cartel) do ponto de vista econômico e do ponto de vista jurídico a ser examinada.

3. Dano e indenização no caso de cartel: o dano do ponto de vista econômico e jurídico.

Do ponto de vista econômico, o dano privado tem por foco de análise o efeito de provocar precificação mais alta do que haveria em um *benchmark* competitivo. Empresas que cometem colusão põem-se numa situação em que o estabelecimento de preços é suficientemente próximo do preço de monopólio. É esse efeito (preços mais altos), mais do que o comportamento (falsear a competição), que é decisivo para a configuração do dano. A presunção é de que a motivação para a formação de um cartel está em que os participantes

¹²GOMES: 1997, p. 157.

¹³OCDE: 2012, p. 45.

podem obter lucros coletivos e, conseqüentemente, individuais com relação ao lucro que se obtém num mercado competitivo. Ou seja, do ângulo econômico, na perspectiva do prejudicado, preços mais altos em vendas é um ponto fundamental. Daí o dano conectado com o *sobrepreço* (*overcharge*). Nesse sentido econômico, a configuração do dano passa pela demonstração (quantificação) dos efeitos da colusão sobre as margens de lucro: o dano é configurado pela soma do *sobrepreço*, menos o preço que seria pago sem a colusão e mais o efeito de eventuais perdas de vendas¹⁴.

Já do ponto de vista jurídico, a pretensão à indenização/responsabilidade pelo dano privado exige três condições para a sua configuração: (i) a existência de uma violação da lei, Lei da Concorrência (artigos 20 e 21 da Lei nº 8.884/94; art. 36 da atual Lei nº 12.529/11); (ii) o prejuízo na capacidade concorrencial do prejudicado; (iii) a relação de causalidade entre (i) e (ii). Preenchidas essas condições é que segue a apuração econômica do dano.

No que se refere à primeira condição, a violação, no caso da conduta de cartel, está focada principalmente no *falseamento* da concorrência. Quanto à segunda, o dano é caracterizado, primariamente, por ser colocado o prejudicado direto (e não o consumidor enquanto prejudicado indireto) na situação concorrencial falseada, em que ele passa a traçar sua conduta competitiva *como se* o produto que adquire (ou, dependendo do caso, o serviço que lhe é prestado) e de que faz uso tivesse seu preço concorrencialmente estabelecido (livre mercado). O dano concorrencial cujo cerne é esse falseamento atinge o agente privado na sua própria atividade: o interesse difuso ofendido se individualiza no interesse privado no sentido de que o dano ao mercado se qualifica como dano ao concorrente. É esse dano – falsear a concorrência, donde enganar e agir enganadamente – que constitui o dano a ser verificado e provado. Não se trata de um problema de simples liberdade contratual e de conhecimento presumido do mercado de parte dos contratantes, mas falseamento das condições, de um lado, e dano decorrente, do outro. Daí a terceira condição: a relação causal exigida está na prova da conexão entre a violação da lei e a demonstração de que o agente prejudicado praticou seus preços por conta da conduta abusiva em suas específicas relações econômicas (vertical: cliente, horizontal: concorrente).

Afinal, o problema de um eventual valor quantitativo que, supostamente, venha a ser considerado, aponta para a questão da avaliação técnico-econômica. Mas quando o intérprete se propõe determinar se o valor é razoável pelo montante alcançado pura e simplesmente pelo

¹⁴Cf. CONNOR: 2005.

cálculo econômico, o aspecto qualitativo se torna preponderante. Na verdade, não é a quantidade, mas o sentido qualitativo da quantidade que entra em jogo.

Em consequência, a alegação do dano, no que respeita à ponderação jurídica do prejuízo (com base na técnica econômica), faz, de certo modo, a indenização assimilar as características de uma pena. Ou seja, admitido que o montante da indenização seja razoável, a relação comutativa prejuízo/indenização no processo privado com base na lei antitruste é assimilada a prejuízo/pena. Por isso a doutrina e a jurisprudência internacionais falam em importância do enforcement privado como desencorajamento ancilar. E, nesse sentido, entende-se, na prática internacional, a razão pela qual as cortes judiciais, em sede de processo privado, solicitam às autoridades concorrenciais as estimativas dos prejuízos sofridos pelas vítimas da conduta anticompetitiva¹⁵. E que, no Brasil, exista a previsão legal de o Superintendente do Cade prestar ao Poder Judiciário, sempre que solicitado, todas as informações sobre andamento das investigações, podendo, inclusive, fornecer cópias dos autos para instruir ações judiciais (Lei n° 12.529/11, art. 13 – XVII).

Razão pela qual, aliás, se entende também porque a quantificação do dano concorrencial para o agente privado é consequência a ser apurada em procedimento de liquidação e tem a ver com o pagamento.

4. Da questão da prova e o tema da assimetria de informações; do *onus probandi* e da defesa mediante inversão do ônus (*passing-on defense*).

Veja-se que, em sede de direito privado, o pagamento de perdas e danos é efeito da obrigação de indenizar, que nasce com um inadimplemento imputável. Para recorrer a um aforismo clássico, trata-se de *recolocar a vítima na situação em que se encontraria se o prejuízo não tivesse sido produzido*. Essa recolocação da vítima tem a ver com a razoabilidade da medida correspondente. Assim, na fixação de perdas e danos (C.Civ. 2002, art. 402), o juiz se encontra diante da tarefa delicada: configurado o dano, apurar a reparação suficiente que indeniza a vítima.

No caso de dano concorrencial em sede de *enforcement* privado, o tema tem suscitado repercussões jurídicas próprias e de relevo. A pretensão à indenização tem por fundamento a violação da lei concorrencial. E é na linha do ressarcimento indenizatório que a ocorrência do

¹⁵OCDE: 2012, p. 13.

dano econômico e a correspondente causa são tomados como dados relevantes para a jurisprudência internacional, tanto norte-americana quanto europeia. O *standard* jurídico tem aí implicações importantes quanto à análise econômica e seus *trade-offs*. Em um processo privado de perdas e danos por conduta cartelizadora surge, assim, o problema de sua quantificação na relação pública (interesse difuso) e privada (interesse individualizado). Em termos jurídicos, o problema aparece na questão do *ônus da prova* que, em termos econômicos, suscita a questão de quem tem acesso aos dados e a questão da assimetria de informações. No plano factual (econômico), a assimetria é possível dos dois lados. Diante desse impasse cabe ao direito e ao juiz a tomada de posição.

A jurisprudência internacional, nos casos de cartel, não importa se de combinação de preços ou de troca de informações para acertos de atuação no mercado, tem usado, para enfrentar essas questões, a *regra da presunção*¹⁶, que, assinale-se desde logo, não significa *presunção de existência do dano*, mas *presunção de responsabilidade pelo efeito danoso*.

A utilização da presunção assim entendida tem suas razões.

Conforme a jurisprudência internacional, a matéria da efetivação de pretensões privadas ao ressarcimento de danos causados por exercício de cartel é regida pelo *princípio da reparação integral* [no Brasil, por exemplo, CCiv. 2002, art. 944], que assenta: por princípio, o dano deve ser integralmente indenizado. Ora, a prova do dano material (dano emergente, lucros cessantes, juros), por força da natureza dos casos de cartel (e de abuso de poder econômico em geral) exige, na prática, uma apuração com base em uma “análise hipotética”¹⁷. Em regra, essa hipótese é construída e demonstrada sobre pesquisas econômicas de dados de mercado e das transações realizadas. É com base nessas pesquisas, apuradas no *enforcement* público, que são quantificados os danos no *enforcement* privado. O que se pede então ao prejudicado individual é a demonstração da relação de dependência (insumo necessário) em face do fornecedor cartelizado (fornecedor necessário) e a quantificação das aquisições efetuadas no período (faturas).

Assim, a Corte Suprema alemã (BGH) aceita e fala, com esse objetivo, de *Vergleichsmarktkonzept* (conceito de mercado comparativo), ou seja, para avaliar o dano ocorrido em um mercado relevante concorrencialmente falseado é preciso recorrer, se

¹⁶Cf. SCHREIBER: 2011, em que se mencionam, por exemplo, julgados de tribunais alemães, italianos, espanhóis.

¹⁷SCHREIBER: 2011, p. 42. No Brasil, método semelhante é legalmente aceito e usado na apuração de *dumping* (preço mais baixo no país importador que no país exportador), quando a investigação da prática de preços superiores a preços de exportação no país exportador ocorre em países em que não há livre concorrência, caso em que se recorre comparativamente a mercados livres em que o produto é comercializado.

possível, à comparação com mercados relevantes sob regime de livre concorrência. O que parece, então, à Corte alemã um procedimento correto, pois se baseia em dados concretos de mercados existentes. Com isso não se exige uma certeza rigorosa na quantificação do dano, mas antes uma consideração aproximada e em média (*Durchschnittsbetrachtung*), pois, do contrário – e aí a base da *presunção* –, o atendimento a uma pretensão de indenização ficaria impossível¹⁸.

Nesse contexto (livre mercado *versus* mercado cartelizado) é que aparece e se discute a chamada *passing-on defense* (como denominada no direito norte-americano). Trata-se de uma defesa processual dos cartelizadores, consistente na imputação aos autores (prejudicados diretos) de repasse aos consumidores (prejudicados indiretos) de eventuais sobrepreços (*overcharge*) praticados pelo cartel. Com isso os réus se valeriam de uma espécie de *presunção de repasse* e ficaria com o autor o ônus de provar a sua ausência.

Atente-se, desde logo, ao fato de que, para a jurisprudência norte-americana em nível federal, esse argumento não é aceito, com base em decisões paradigmáticas da Suprema Corte¹⁹.

O posicionamento da corte americana tem a ver com o modo como se enfrenta o problema da *assimetria de informações*, que atinge tanto os prejudicados quanto os cartelizadores e que assim se coloca: de um lado, do lado dos autores privados (os prejudicados diretos), o acesso às informações do cartel é dificultado já pelo sigilo de dados que cerca os processos administrativos, já pela própria dificuldade de a administração antitruste, mesmo de posse dos dados, mensurar, mediante cálculos rigorosamente acurados, os efeitos quantitativos de condutas que, qualitativamente, *falseiam* a concorrência; de outro, do lado dos cartelizadores, o argumento está em que também seria difícil o acesso à contabilidade dos autores para mensurar o que teria sido repassado aos seus consumidores. É nessa dupla assimetria de informações que repousa o problema e, na jurisprudência, a decisão, que é em favor dos autores, é por conta do valor protegido: a competição, a liberdade de escolha do prejudicado contra uma concorrência falseada.

Esse ponto, que é relevante para o direito antitruste na apuração do dano e na valoração da assimetria de informações em favor dos prejudicados, tem a ver com a questão da *potencialidade* dos efeitos.

¹⁸SCHREIBER: 2011, p. 43.

¹⁹US Supreme Court: 392 U.S. 481 [1968] *Hannover Shoe*; US Supreme Court, 431 U.S. 720 [1977] *Illinois Brick Co v Illinois*.

Veja-se que o acordo colusivo deve ser qualificado pelo efeito que ele provoca, o qual não é interno ao acordo, mas externo. E aqui deve ser ressaltada, de novo, a diferença entre a perspectiva jurídica e a perspectiva econômica. Do ângulo jurídico, a potencialidade de dano não é imediatamente idêntica à possibilidade de ocorrência do efeito econômico. Juridicamente, o que se pune pela lei antitruste não é a *hipótese* de dano (possibilidade de ocorrência do efeito econômico), mas a *capacidade* para produzir efeitos. É o que o direito antitruste alemão chama de *tendência do ato (Tendenz)*²⁰. Nesse sentido, o dano não é hipotético, mas real.

E essa é mais uma razão pela qual, em face da assimetria de informações, o uso, pelos cartelizadores, do argumento do repasse de sobrepreço (*passing-on defense of overcharge*) não é normalmente admitido no direito norte-americano em caso de ações privadas. O cálculo do sobrepreço, medido economicamente pelos baixos volumes produzidos e vendidos a preços mais altos, é mensuração com base em conhecimento de mercado e estudos econômicos correspondentes a ser apurada na relação entre os agentes cartelizadores e seus clientes diretos, sendo, em sede judicial, aceita por força do instituto do *ônus da prova secundário* (no direito alemão: *Institut der sekundären Darlegungs- und Beweislast*). Trata-se de máxima processual pela qual o réu não se exime da acusação por simples imputação do ônus da prova ao acusador quando este não possui conhecimento dos fatos fundamentais, enquanto o réu dispõe, presumidamente, desses dados e conhecimentos²¹. Isto é, dada certa equivalência na assimetria de acesso a informações, a presunção de responsabilidade pelo efeito danoso de parte do réu prevalece na distribuição do ônus da prova em detrimento deste e em favor do autor.

Isso significa, afinal, que, se de um lado, cabe ao autor a prova do dano sofrido, mediante prova da aquisição dos bens a preços cartelizados (faturas, essencialidade do insumo, impossibilidade ou dificuldade para aquisição de fornecedores alternativos) em confronto com preços em mercados não cartelizados, cabe ao réu, de outro lado, provar a alegação do repasse ao consumidor.

Na verdade, essa decisão jurídica leva a jurisprudência internacional a ponderar que o *enforcement* privado é próprio dos prejudicados diretos e não dos indiretos, cujos prejuízos são compensados por outras medidas, indiretas, como é o caso, no Brasil, de valor a ser recolhido a um fundo com essa destinação específica.

²⁰Cf. IMMENGA e MESTMÄCKER: 1992, p. 185.

²¹SCHREIBER: 2011, p.41.

Em sede de direito brasileiro, portanto, a opção não deve ser diferente em face da posição ocupada na CF pela proteção à *livre iniciativa* e à *livre concorrência* na repressão ao abuso de poder econômico. Diante da prova de violação da lei concorrencial, o efeito prejudicial aos concorrentes (linha horizontal) e adquirentes diretos (linha vertical) é presunção implícita no mandamento legal. Por conta disso, em face de alegação pelo réu de repasse pelo autor, cabe ao réu o ônus da prova do repasse, jamais cabendo ao autor a prova negativa de que não repassou.

Nesse sentido, como fazem acertadamente Nelson e Rosa Nery²², referindo-se ao art. 29 da Lei nº 8.884/94, o que vale também para o art. 47 da nova Lei nº 12.529/2011, pode-se entender que, no Brasil, aquela ação individual privada (*Os prejudicados, por si ou pelos legitimados do art. 82 da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais...independentemente do processo administrativo...*), como entende corretamente, deva observar as regras do CDC, art. 81 e seguintes, pois “[o] CDC Tit. III, bem como a LACP, são aplicáveis a todas as ações que versarem sobre direitos difusos, coletivos e individuais tout court, onde não houver incompatibilidade”²³, sendo, para a defesa do direito individual, *admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela* (CDC, art. 83).

5. Conclusão.

O dano concorrencial cujo cerne está no falseamento da concorrência atinge o agente privado na sua própria atividade: o interesse difuso ofendido se individualiza no interesse privado no sentido de que o dano ao mercado se qualifica como dano ao concorrente. É esse dano – falsear a concorrência, donde enganar e agir enganadamente – que constitui o dano a ser verificado e imputado.

Pela norma (art. 29 da Lei nº 8.884/94 e art. 47 da Lei nº 12.529/2011) temos, como sujeitos legitimados, os “*prejudicados*”. Os *prejudicados* são aqueles que sofrem prejuízo pela violação de *seus interesses individuais ou individuais homogêneos*, por força de *práticas que constituam infração da ordem econômica*. Isto é, não são danos marcados pelo subjetivismo privatista enquanto danos resultantes do descumprimento de obrigação,

²²NERY e NERY: 2007, p.1327.

²³NERY e NERY: 2006, p. 254; grifei.

contratual ou legal, e que tenha por causa o inadimplemento de obrigação contratual, o ato ilícito, o dever contratual de responder pelo risco ou dever legal de responder sem culpa, sempre em termos denexo causal cujo núcleo é a ação subjetiva: consequência da conduta de quem o produziu. Mas sim são danos resultantes de condutas em relações econômicas ditadas diretamente pelo poder econômico (*exclusão e colusão*), ou porque as condutas *visam à* construção de situações de poder ou porque *se originam de* situação de poder e, em ambos os casos, levam vantagem disso.

Ou seja, prejuízos cujo núcleo causal está não na *propriedade* (em sentido privatista de conduta individual e individualizável), mas na *competição* (em sentido de *interesse difuso: seus interesses individuais ou individuais homogêneos*), são individualizados no agente econômico que os sofre.

Daí a conclusão de que, em termos de regime jurídico, é à lei antitruste que se deve recorrer.

6. Referências bibliográficas

CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.000283/2006-66, Voto Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, 17 de dezembro de 2008, p. 34-35.

_____. Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70, Voto Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan, 01 de setembro de 2010, fls. 7138-7139.

_____. Resposta à consulta nº 38/99, formulada por Pensamento Nacional das Bases Empresariais – PNBE. Voto Conselheiro Marcelo Calliari, 22 de março de 2000. Disponível em: <http://www.institutosarlo.com.br/pdfs-novos/6.%20Parecer%20CADE%20Consulta%20Guerra%20Fiscal%20e%20Concorr%C3%Aancia.pdf>. Acesso em 24 de julho de 2013.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Livro Branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust*. Bruxelas, 2008. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:pt:PDF>. Acesso em: 24 de julho de 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

CONNOR, John M. Price-Fixing Overcharges: Legal and Economic Evidence. *Purdue University Staff Paper* nº 04-17, Apr. 2005.

CRANE, Daniel A. Optimising Private Antitrust Enforcement. *University of Michigan Public Law Working Paper* nº 164, September 17, 2009. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1474956###. Acesso em: 24 de julho de 2013.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. US Supreme Court, 392 U.S. 481 [1968] *Hannover Shoe*.

_____. US Supreme Court, 431 U.S. 720 [1977] *Illinois Brick Co v Illinois*.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

IMMENGA, Ulrich; MESTMÄCKER, Ernst-Joachim. *Kommentar zum Deutschen Kartellrecht. GWB*. München: Verlag C. H. Beck, 1992.

Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Administrativo*, p. 150.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

NERY, Nelson; NERY, Rosa. *Leis Civis Comentadas*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. São Paulo: RT, 2007.

OCDE. Quantification of harm to competition by national courts and competition Agencies - *DAF/COMP (2011) 25*, 27 nov. 2012. Disponível em: [http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2011\)25&docLanguage=En](http://search.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2011)25&docLanguage=En). Acesso em: 24 de julho de 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Legal Theory of Economic Power: implications for social and economic development*. Cheltenham, U.K. ; Northampton, Mass. : Edward Elgar, 2011.

SCHREIBER, Till. *Praxisbericht Private Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadenersatzansprüchen. Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht - KSzW*, 01.2011 I 37. Disponível em: http://www.carteldamageclaims.com/KSzW_1-2011_Schreiber.pdf>. Acesso em: 24 de julho de 2013.

A proteção dos documentos de leniência no âmbito de ações de indenização por violação das regras de concorrência na União Europeia

Mariana Tavares¹

RESUMO:

Os programas de leniência têm sido os responsáveis pelo dinamismo no combate e punição dos cartéis. As ações de indenização das regras da concorrência são corolário do efeito útil da proibição da violação das regras de concorrência, permitindo que aqueles que sofreram um dano derivado dessa violação sejam ressarcidos. Porém, o desenvolvimento das ações de indenização tem levantado desafios ao nível do acesso aos documentos da leniência, que, se não acautelados, podem vir a ter um impacto negativo nos programas de leniência e consequentemente na capacidade das autoridades de concorrência na detecção e punição dos cartéis. Este artigo aborda a forma como as questões relativas ao acesso aos documentos da leniência pelas partes em ações de indenização estão a ser tratadas no âmbito da União Europeia.

Palavras chave: Leniência, Acesso aos documentos, Cartéis, Ações de indenização.

ABSTRACT:

The leniency programs have been responsible for the dynamism in combating and punishing cartels. Actions for damages are part of the effectiveness of the prohibition of infringement of the competition rules. They allow those who have suffered harm derived from this breach to be reimbursed. However, the development of actions for damages has raised challenges in terms of access to documents of leniency file, which, if not solved, can have a negative impact on leniency programs and consequently on the ability of the competition authorities in the detection and punishment of cartels. This article discusses how the issues of access to leniency documents by the damage claimants are being addressed within the European Union.

Key words: Leniency, Access to file, Cartels, Private enforcement.

¹Consultora Internacional do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento-PNUD.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Direito a indenização por danos sofridos por violação das regras europeias da concorrência 3. Acesso aos documentos de leniência nos processos da Comissão Europeia 4. Acesso aos documentos de leniência a nível nacional dos Estados-Membros 5. Iniciativa do legislador europeu na proteção dos documentos de leniência 6. Conclusão

1. Introdução

A questão da importância da proteção dos documentos de leniência tem estado no centro de um debate ao nível da União Europeia no contexto do desenvolvimento das regras de reparação de danos por violação das regras europeias da concorrência².

A Comissão Europeia publicou, a 11 de Junho 2013, a proposta de Diretiva relativa a certas regras que regem as ações de indenização no âmbito do direito nacional por infração às regras da concorrência dos Estados Membros e da União Europeia, que visa em concreto questão do acesso aos documentos de leniência e a harmonização das regras de acesso a nível da União Europeia³.

Esta iniciativa da Comissão Europeia enquadra-se no seguimento de um conjunto de acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia⁴ que versam sobre a questão do acesso aos documentos da leniência junto das autoridades nacionais de concorrência por partes em ações de indenização e da necessidade de garantir a efetividade dos programas de leniência, que estão na base da deteção da mais perniciosa forma de violação das regras da concorrência: os cartéis.

Na parte I deste artigo será feito um enquadramento do direito à indenização dos danos sofridos pela violação das regras europeias de concorrência; na parte II procede-se a uma análise das regras de acesso aos documentos da leniência pelas partes em ações de indenização por violação das regras de concorrência; na parte III será discutido o acesso aos documentos da leniência no âmbito nacional dos Estados Membros e finalmente, na parte IV,

²As regras europeias da concorrência estão previstas nos artigos 101º e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFEU) e que prevêm, respectivamente, a proibição de acordos restritivos da concorrência e abusos de posição dominante. A aplicação destes artigos ao nível da União Europeia é de competência paralela dos Estados Membros e da Comissão Europeia aplicando-se nos termos previstos no Regulamento n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JO L 1 de 4.1.2003.

³Proposta de Diretiva do Parlamento europeu e do Conselho relativa a certas regras de regem as ações de indemnização no âmbito di direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados Membros e da União Europeia, COM (2013) 404 final. 11 junho 2013.

⁴Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia de 14 de Junho 2011, Processo C-360/09. *Pfleiderer v Bundeskartellamt*, Colectânea de Jurisprudência I -5161 e de 6 de Junho de 2013, Processo *Donau Chemie*, Processo C-536/11, ainda não publicado.

será abordada a proposta de Diretiva sobre as regras relativas às ações de indenização por violação das regras europeias da concorrência.

2. Direito a indenização por danos sofridos por violação das regras europeias da concorrência

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) confirmou o direito a ser ressarcido pelos danos sofridos na sequência da violação das regras europeias da concorrência. No acórdão *Creham*⁵, onde em causa estava o ressarcimento de danos causados por contratos de distribuição de cerveja em Pubs Ingleses que continham cláusulas restritivas da concorrência violando o artigo 101.º TFUE, o TJUE expressamente ligou a questão do direito à indenização pelos danos à eficácia das regras da concorrência, referindo que:

“A plena eficácia do artigo [101.º] do Tratado e, em particular, o efeito útil da proibição anunciada no seu n.º 1 seriam postos em causa se não fosse possível a qualquer pessoa reclamar reparação do prejuízo que lhe houvesse sido causado por um contrato ou um comportamento susceptível de restringir ou falsear o jogo da concorrência.”⁶

O mesmo entendimento veio a ser confirmado subsequentemente no Acórdão *Manfredi*,⁷ relativo à compensação de danos sofridos pelo aumento do prêmio de seguro obrigatório para veículos automóveis, na sequência de um acordo de troca de informação entre seguradoras em Itália, que lhes permitiu coordenar e fixar o prêmio de seguro em um nível mais elevado, em violação das regras da concorrência artigo 101.º TFEU.

O TJUE confirmou também, no acórdão *GT-Link*,⁸ que as ações de indenização podem ser interpostas contra empresas públicas nomeadamente no caso de abuso de posição dominante (artigo 102.º TFUE). No âmbito deste acórdão esta em causa o reembolso, a título indenizatório, das taxas discriminatórias cobradas por uma empresa pública dinamarquesa proprietária e exploradora de um porto comercial, dependente de um ministério nacional, cujo orçamento estava na lei das finanças e que tinha uma posição dominante no mercado.

⁵Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 20 de Setembro de 2001, Processo C-453/99 *Courage Ltd v Creham*, Colectânea de Jurisprudência I-06297.

⁶Idem, para. 26.

⁷Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 13 de Julho de 2006, Processos Apensos C-295 a 298/04, *Manfredi v Lloyd Adriatico Assicurazione SpA*, Colectânea de Jurisprudência I-6619.

⁸Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 17 de Julho de 1997, Processo C-242/95, *GT-Link A/S v De Danske Statsbaner (DSB)*, Colectânea de Jurisprudência I-4449.

O desenvolvimento das ações de indenização por violação das regras europeias de concorrência tem estado no centro das atenções da Comissão Europeia. Um conjunto de iniciativas da Comissão com vista ao estudo desta temática teve início em 2005, com a publicação do *Livro Verde sobre ações de indenização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust*,⁹ ao qual se seguiu, em 2008, o *Livro Branco sobre ações de indenização sobre violação das regras europeias no domínio do antitrust*¹⁰. Estes dois documentos visaram a identificação dos obstáculos à criação de um sistema mais eficiente de ressarcimento de danos por violação das regras de concorrência, e a identificação de um conjunto de soluções para ultrapassar tais obstáculos. Mais recentemente, e no seguimento da discussão resultante das propostas apresentadas no Livro Branco, a Comissão Europeia apresentou no passado dia 11 de Junho uma *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certas regras que regem as ações de indenização no âmbito do direito nacional por infração às regras de concorrência dos Estados Membros e da União Europeia*¹¹.

A proposta de Diretiva procura assegurar a aplicação efetiva das regras de concorrência da União Europeia através da otimização e interação entre a aplicação pública e privada do direito da concorrência, e assegurar que as vítimas de infração às regras de concorrência possam obter uma reparação integral pelos danos sofridos¹². Das medidas previstas na proposta de diretiva destacam-se, desde logo a proposta que uma decisão final que uma autoridade da concorrência da União Europeia tenha efeito vinculante perante os tribunais de qualquer Estado-Membro relativamente ao fato da existência de uma violação das regras e concorrência; assim como a criação de uma presunção ilidível que a violação das regras da concorrência causou dano. A proposta de diretiva prevê também a possibilidade de um infrator eliminar ou reduzir o montante da indenização se provar que o seu cliente direto repercutiu a sobre-faturação no preço cobrado sobre os seus próprios clientes.

Destacam-se também as regras de solidariedade nos termos das quais cada infrator é solidariamente responsável pela totalidade do dano causado, dispondo de direito de regresso perante os outros co-infratores.

Se por um lado a Comissão Europeia tem na sua agenda a dinamização das ações de indenização por violação das regras europeias da concorrência, por outro tem também a consciência que esta dinamização não pode ser feita à custa da eficiência dos programas de

⁹COM(2005)0672 final.

¹⁰COM(2008)165 final.

¹¹COM/2013/0404 final - 2013/0185 (COD).

¹²Idem, ponto 1.2.

leniência da União Europeia e dos Estados Membros,¹³ que têm sido responsáveis pelo sucesso na identificação e sanção dos cartéis. Assim, a proposta de diretiva prevê também regras de acesso aos documentos da leniência harmonizadas ao nível dos Estados Membros¹⁴.

De fato, em consideração da disparidade das regras existentes ao nível dos Estados-Membros relativamente ao acesso aos documentos em processos por violação das regras de concorrência, dos recentes acórdãos do TJUE¹⁵ sobre esta matéria e da incerteza daí resultante quanto à divulgabilidade das informações relacionadas com a clemência ser suscetível de influenciar a decisão de uma empresa cooperar ou não com as autoridades da concorrência no âmbito do seu programa de leniência, a Comissão Europeia considerou que:

Na ausência de qualquer ação juridicamente vinculativa a nível da UE, a efetividade dos programas de clemência - que constituem um instrumento muito importante na aplicação pública das regras de concorrência da UE - poderá ser, assim, seriamente prejudicada pelo risco de divulgação de certos documentos em ações de indemnização nos tribunais nacionais¹⁶.

3. Acesso aos documentos de leniência nos processos da Comissão Europeia

O Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia consagra o princípio da transparência ou da abertura no seu artigo 15.º, cujo n.º 3 prevê que todos os cidadãos da União e todas as pessoas singulares ou coletivas que residam ou tenham a sua sede estatutária num Estado-Membro têm direito de acesso aos documentos das instituições, órgãos e organismos da União, seja qual for o respectivo suporte, sob reserva dos princípios gerais e os limites que, por razões de interesse público ou privado, hão de reger o exercício do direito de acesso aos documentos e que serão definidos por meio de regulamentos adotados pelo Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário. O regulamento que rege as regras de acesso aos documentos é o Regulamento n.º

¹³Para uma análise da relação e eventual impacto entre as ações de indenização e a aplicação das regras da concorrência ver W. Wils, “The relationship between Public Enforcement and Private Actions for Damages” (2009) 32(1) *World Competition* e A. Komninos, “The interaction between the Public and Private Enforcement”, 6th International Conference on Competition Law and Policy, IMEDIPA, 2012.

¹⁴Ver infra Parte III.

¹⁵Ver infra Parte II.

¹⁶Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certas regras que regem as ações de indenização no âmbito do direito nacional por infração às regras de concorrência dos Estados Membros e da União Europeia, já citada, Ponto 1.2.

1049/2001, de 30 de Maio de 2001,¹⁷ relativo ao acesso ao público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão.

Este regulamento é também chamado Regulamento “transparência” por implementar o princípio do acesso do público aos documentos na posse das instituições europeias, determinando que em princípio, todos os documentos das instituições deverão ser acessíveis ao público, prevendo que determinados interesses públicos e privados devem ser protegidos através de exceções¹⁸.

O Tribunal de Justiça da União Europeia já confirmou que o Regulamento “transparência” é aplicável a documentos existentes em processos por aplicação das regras de concorrência. Nos termos do n.º2 do artigo 4.º do Regulamento 1049/2001 a Comissão Europeia deverá, no entanto, recusar a acesso a tais documentos se tal divulgação puder prejudicar interesses comerciais das pessoas singulares ou coletivas; processos judiciais e consultas jurídicas e objetivo de atividade de inspeção e inquérito e auditoria, exceto quando um interesse público superior imponha a divulgação. De modo a recusar o acesso aos

¹⁷JO L 145 de 31.5.2001

¹⁸As exceções ao acesso aos documentos das instituições da União Europeia estão previstas no artigo 4.º do Regulamento 1049/2001, que tem a epígrafe “Exceções” e que dispõe o seguinte:

1. As instituições recusarão o acesso aos documentos cuja divulgação pudesse prejudicar a protecção:

a) Do interesse público, no que respeita:

— à segurança pública,

— à defesa e às questões militares,

— às relações internacionais,

— à política financeira, monetária ou económica da Comunidade ou de um Estado-Membro;

b) Da vida privada e da integridade do indivíduo, nomeadamente nos termos da legislação comunitária relativa à protecção dos dados pessoais.

2. As instituições recusarão o acesso aos documentos cuja divulgação pudesse prejudicar a protecção de:

— interesses comerciais das pessoas singulares ou colectivas,

incluindo a propriedade intelectual,

— processos judiciais e consultas jurídicas,

— objectivos de actividades de inspecção, inquérito e auditoria, excepto quando um interesse público superior imponha a divulgação.

3. O acesso a documentos, elaborados por uma instituição para uso interno ou por ela recebidos, relacionados com uma matéria sobre a qual a instituição não tenha decidido, será recusado, caso a sua divulgação pudesse prejudicar gravemente o processo decisório da instituição, excepto quando um interesse público superior imponha a divulgação. O acesso a documentos que contenham pareceres para uso interno, como parte de deliberações e de consultas preliminares na instituição em causa, será recusado mesmo após ter sido tomada a decisão, caso a sua divulgação pudesse prejudicar gravemente o processo decisório da instituição, excepto quando um interesse público superior imponha a divulgação.

4. No que diz respeito a documentos de terceiros, a instituição consultará os terceiros em causa tendo em vista avaliar se qualquer das excepções previstas nos n.os 1 ou 2 é aplicável, a menos que seja claro se o documento deve ou não ser divulgado.

5. Qualquer Estado-Membro pode solicitar à instituição que esta não divulgue um documento emanado desse Estado-Membro sem o seu prévio acordo.

6. Quando só algumas partes do documento pedido forem abrangidas por qualquer das excepções, as restantes partes do documento serão divulgadas.

7. As excepções previstas nos n.os 1 a 3 só são aplicáveis durante o período em que a protecção se justifique com base no conteúdo do documento. As excepções podem ser aplicadas, no máximo, durante 30 anos. No que se refere aos documentos abrangidos pelas excepções relativas à vida privada ou a interesses comerciais e aos documentos sensíveis, as excepções podem, se necessário, ser aplicáveis após aquele período.

documentos nesta base, a Comissão Europeia deverá proceder a uma análise concreta e individual em cada caso de modo a recusar o acesso.¹⁹

As partes em ações de reparação de dano por violação das regras de concorrência, têm tentado obter o acesso aos documentos constantes dos processos da Comissão por meio deste Regulamento n.º 1049/2001.²⁰

A Comissão tem recusado acesso aos documentos da leniência, com base nas exceções ao acesso aos documentos previstas no artigo 4.º do Regulamento, cujo n.º3 determina que:

O acesso a documentos, elaborados por uma instituição para uso interno ou por ela recebidos, relacionados com uma matéria sobre a qual a instituição não tenha decidido, será recusado, caso a sua divulgação pudesse prejudicar gravemente o processo decisório da instituição, excepto quando um interesse público superior imponha a divulgação.

O acesso a documentos que contenham pareceres para uso interno, como parte de deliberações e de consultas preliminares na instituição em causa, será recusado mesmo após ter sido tomada a decisão, caso a sua divulgação pudesse prejudicar gravemente o processo decisório da instituição, excepto quando um interesse público superior imponha a divulgação.

A Comissão Europeia tem recusado o acesso aos documentos de leniência a partes em ações de reparação de danos por violação das regras de concorrência alegando que o referido acesso colocaria em causa os objetivos da sua atividade de inspeções e inquérito futuros, na medida em que possíveis requerentes de leniência poderiam optar por não confessar o cartel e denunciá-lo à Comissão permitindo a sua investigação a sanção por temerem que o seu pedido de leniência fosse acessível no âmbito de ações de reparação de danos²¹.

Esta posição da Comissão Europeia tem sido confirmada pelo Tribunal Geral que considera que uma ação de indemnização é um interesse particular ou privado não podendo ser invocado como um interesse público superior que seja susceptível de prevalecer sobre a confidencialidade definida pela exceção prevista no artigo 4º, nº 3, segundo parágrafo, do Regulamento nº. 1049/2001. O Tribunal Geral teve a oportunidade de se pronunciar

¹⁹Acórdãos do Tribunal Geral da União Europeia de 6 de Julho de 2006, Processo T-291/03 e T-70/04 *Yves Franchet e Daniel Byk contra Comissão das Comunidades Europeias*, Colectânea de Jurisprudência 2006-II-02023 e de 9 de Junho de 2012, Processo T-237/05, *Éditions Odile Jacob SAS contra Comissão Europeia*, Colectânea da Jurisprudência 2010 II-02245.

²⁰G. Di Stefano, “Access of Damages Claimants to Evidence Arising out of EU Cartel Investigations: A Fast-evolving Scenario” (2009) 3 *Global Competition Litigation Review* e L. Idot, F. Zivy, “L'accès au dossier des autorités de concurrence dans le cadre des actions privées: État des lieux deux ans après l'arrêt *Pfleiderer*” (2013) 3 *Concurrences*.

²¹Sobre a tensão existente entre a manutenção da eficácia dos programas da leniência e as ações de indenização ver R. Pike, F. Richmond, “Disclosure of Leniency Materials by EU competition Authorities: Protection in the face of Civil Damages Claims”, *G.C.L.R.*, n.º4 e M. Sanders et alii, “Disclosure of leniency materials in follow-on damages actions: striking the “right balance” between the interests of leniency applicants and private claimants?”, (2013) *E.C.L.R.*, n.º 4.

diretamente sobre esta matéria no processo *MyTravel Group plc*²², no âmbito do qual as partes de uma ação de indenização por violação das regras de concorrência recorriam da decisão da Comissão de recusar o acesso aos documentos da leniência.

No recurso perante o Tribunal Geral a recorrente alegava que “a necessidade de compreender o que aconteceu e o que foi feito pela Comissão, assim como a necessidade de garantir uma boa administração da justiça, constituem interesses públicos superiores que justificam a divulgação dos documentos pedidos, aos quais foi recusado o acesso.”²³.

A este argumento respondeu o Tribunal no parágrafo 65 da sua decisão o seguinte:

Quanto à necessidade de obter a divulgação dos documentos pedidos ao abrigo do interesse superior relativo à exigência de uma boa administração da justiça, refira-se que a finalidade deste argumento é, no essencial, alegar que estes documentos permitiriam à recorrente fazer valer melhor os seus argumentos no âmbito da sua ação de indemnização. Ora, este último objetivo não é, em si, constitutivo de um interesse público superior que justifique a divulgação que seja susceptível de prevalecer sobre a proteção da confidencialidade definida pela exceção prevista no artigo 4.º, n.º 3, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 1049/2001. Tendo em conta o princípio geral do acesso aos documentos, conforme consagrado no artigo [artigo 15.º TFEU], e os considerados 1 e 2 do referido regulamento, esse interesse deve ter carácter objetivo e geral e não pode ser confundido com interesses particulares ou privados, por exemplo, relativos à propositura de ações contra as instituições comunitárias, já que tais interesses não constituem um elemento pertinente para a ponderação de interesses prevista no artigo 4.º, n.º 3, segundo parágrafo, deste regulamento.

Para além da via de acesso aos documentos da leniência com base no Regulamento n.º 1049/2001, que pode ser classificada como via direta, uma outra via, uma via indireta pode ser identificada: a via de acesso aos documentos no âmbito dos processos da Comissão Europeia é através dos Tribunais dos Estados Membros ou tribunais de outros Estados.

Relativamente aos Tribunais dos Estados-Membros, nos termos do artigo 15.º do Regulamento n.º 1/2003²⁴ estes podem solicitar à Comissão que lhes sejam enviadas informações na posse desta ou que dê parecer sobre questões relativas à aplicação das regras europeias de Concorrência.

Nos termos deste artigo os tribunais nacionais poderão assim requerer à Comissão Europeia acesso aos documentos da leniência. Esta hipótese ainda não foi testada na prática.

Relativamente ao acesso aos documentos de leniência por via de tribunais de outros estados (Estados não-membros da União Europeia) a questão já foi colocada em alguns

²²Acórdão do Tribunal Geral de 9 de Setembro de 2008, Processo T-403/05, *MyTravel Group plc contra Comissão das Comunidades Europeias*, Colectânea de Jurisprudência 2008 II-02027.

²³Idem, parágrafo 61.

²⁴Regulamento n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, já citado

processos de indenização por violação das regras da concorrência intentados perante tribunais Norte-Americanos.

Em alguns casos as partes lesadas por cartéis internacionais que intentam uma ação de indenização nos tribunais norte americanos têm requerido a estes tribunais que ordenem a divulgação dos documentos do pedido de leniência no âmbito do processo da Comissão Europeia²⁵. Os Tribunais Norte-americanos têm recusado a ordenação dessa divulgação com base no princípio internacional do respeito da soberania (*International Comity Doctrine*)²⁶. Refira-se a este propósito uma decisão recente do Juiz de um tribunal do *Eastern District of New York*,²⁷ Juiz Viktor Pohorelsky, que recusou ordenar a divulgação dos documentos de leniência que constavam do processo da Comissão Europeia. Tal decisão do Juiz norte americano teve em consideração o ofício enviado pelo Diretor-Geral da Concorrência da União Europeia, na qual indicava que “a autorização da divulgação dos documentos da leniência, que são documentos estritamente confidenciais nos termos da lei europeia, no âmbito de um processo judicial norte-americano, seria extremamente prejudicial aos interesses soberanos e política pública da União Europeia, e colocaria substancialmente em causa a capacidade da Comissão Europeia na detecção e punição da atividade ilícita de cartel na União Europeia.”²⁸.

4. Acesso aos documentos de leniência a nível nacional dos Estados-Membros

Relativamente ao acesso aos documentos de leniência no âmbito dos processos por violação das regras da concorrência das autoridades nacionais da concorrência a questão é regulada ao nível da lei nacional.

Em algumas jurisdições a lei aborda esta questão diretamente. Por exemplo, em Portugal, o artigo 81º n° 1 de Lei n° 12/2008, de 8 de maio, que aprova o regime jurídico da concorrência, determina que a Autoridade de Concorrência classifica como confidencial o

²⁵Para um estudo recente da jurisprudência norte americana ver M. Stucke, “Discovery in a Global Economy” in J. Basedow, S. Francq, L. Idot (Ed), *International Antitrust Litigation, Conflicts of Law and Coordination*, Oxford, Hart Law Publishing, 2012, p. 315-342.

²⁶Por exemplo, *in re Rubber Chems. Antitrust Litig.* 486 F. Supp. 2d 1078, 1080 (N. D. Cal. 2007) no qual o tribunal concluiu com base no *International Comity Doctrine* pela não pedido de divulgação de documentos constantes de processos da Comissão Europeia.

²⁷*Air Cargo Shipping Services Antitrust Litigation* No. MD-06-1775 (E.D.N.Y. Dec. 19, 2011)

²⁸Tradução livre, Ofício do Director Geral da Concorrência da Comissão Europeia, Alexander Italianer, para ao Honorable Viktor V. Pohorelsky, *In re Cargo Shipping Services Antitrust Litig.* No. 1:06-md-01775-JG-VVP (E.D.N.Y Oct. 12, 2011), ECF No. 1587.

pedido de leniência. É assim diretamente vedado por lei o acesso a terceiros aos documentos da leniência.

Na ausência de legislação nacional que verse sobre o acesso aos documentos das autoridades da concorrência pelas partes em ações de reparação de danos, o Tribunal Europeu, no acórdão *Pfleiderer*²⁹ referiu que, nesta situação, o acesso aos documentos de leniência deveria ser analisado pelo Juiz nacional com base no caso concreto, em consideração da ponderação de dois interesses: a proteção do sistema de combate aos cartéis, por um lado, e o direito à reparação dos danos resultante da violação das regras de concorrência, por outro³⁰. A necessidade de uma análise casuística relativamente ao acesso aos documentos de leniência pelo juiz nacional foi confirmada ulteriormente no acórdão *Donau Chemie*³¹.

São conhecidas duas principais decisões de tribunais nacionais no seguimento do acórdão *Pfleiderer* do TJUE.

A primeira é relativa a um caso alemão, que esteve na origem da referida decisão do Tribunal Europeu no caso *Pfleiderer* (C-360/09) supra referida.

A empresa *Pfleiderer*, cliente de empresas que haviam sido condenadas por cartel pela autoridade de concorrência alemã (Bundeskartellamt), pediu acesso aos documentos do processo do Bundeskartellamt, incluindo os documentos de leniência, de modo a melhor poder preparar uma ação de reparação de danos contra os seus fornecedores. O Bundeskartellamt recusa o acesso aos documentos de leniência, levando a *Pfleiderer* a recorrer dessa decisão para o Tribunal regional de Bona.

O Tribunal regional de Bona, após consulta do Tribunal Europeu que deu origem ao Acórdão *Pfleiderer* no caso C-360/09, supra referido, recusou determinar a divulgação dos documentos da leniência por considerar que a eficácia do programa de leniência poderia ser posta em causa se os requerentes de leniência temessem pela possibilidade de divulgação dos documentos que foram submetidos voluntariamente. O Tribunal regional de Bona considerou também que tal recusa da divulgação dos documentos de leniência não colocava em causa o direito à obtenção de reparação dos danos causados pela violação das regras de leniência, na medida em que as partes teriam acesso a outro tipo de provas nas quais poderiam basear o seu pedido³².

²⁹C-360/09, *Pfleiderer*, de 14 de Junho de 2011, já citado.

³⁰Para uma análise do acórdão *Pfleiderer* ver G. Goddin, “The *Pfleiderer* Judgement on Transparency: The National Sequel of the Access to Document Saga” (2012) 3(1) *J.E.C.L. & Pract.* 40.

³¹Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 6 de Junho de 2013, Processo C-536/11, *Bundeswettbewerbshörde contra Donau Chemie AG e outros*, ainda não publicado.

³²Amtsgericht Bonn, decisão de 18 de Janeiro de 2012, caso n.º 51 Gs 53/09.

A segunda decisão é uma decisão de Abril de 2012, do High Court of Justice of England and Wales, no âmbito de uma ação de reparação de danos intentada pela empresa *National Grid* contra as empresas participantes no Cartel *Gas Insulated Switchgear* que havia sido condenado pela Comissão Europeia.

Face ao pedido de divulgação dos documentos de leniência, e no seguimento do Acórdão do Tribunal Europeu no caso C-360/09, supra referido, o High Court of Justice of England and Wales, na pessoa do Juiz Roth, pediu a intervenção da Comissão Europeia como *amicus curiae*³³, de modo a obter a opinião da Comissão Europeia em como o balanço deveria ser feito o balanço dos critérios determinados pelo TJUE no caso *Pfeiderer*, i.e. : a proteção do sistema de combate aos cartéis, por um lado, e o direito à reparação dos danos resultante da violação das regras de concorrência, por outro.

Na sua intervenção como *amicus curiae*,³⁴ a Comissão Europeia apresentou dois fatores específicos a serem tidos em consideração: (i) ponderar se o acesso aos documentos de leniência colocaria o requerente de leniência mais exposto na ação de indenização do que os que não cooperaram com a Comissão durante as investigações e (ii) considerar se a divulgação dos documentos de leniência é necessária e proporcional relativamente ao impacto que tal divulgação tem nos programas de leniência, considerando nomeadamente a relevância desses documentos no contexto da ação de indenização e se há outras fontes de prova disponíveis igualmente efetiva.

No seguimento da sua análise com base no acórdão do TJUE e da intervenção da Comissão Europeia como *amicus curiae*, Juiz Roth determinou não ordenar a divulgação dos documentos de leniência por considerar que estes não eram suficientemente relevantes, indicando que “o interesse na proteção da informação dada pelo requerente de leniência era superior ao interesse na determinação da divulgação desses elementos.”³⁵.

³³Nos termos do Artigo 15.º, n.º3 do Regulamento n.º 1/2003, nos processos relativos à aplicação das regras europeias da concorrência a Comissão Europeia pode, por sua iniciativa, apresentar observações escritas aos tribunais dos Estados-membros nos casos em que tal seja exigido por forma a assegurar a aplicação coerente dos artigos 101.º ou 102.º do Tratado.

³⁴Intervenção da Comissão Europeia nos termos do artigo 15.º, n.º 3 do Regulamento n.º 1/2003 apresentada a 3 de Novembro de 2011, no âmbito do processo HC08C03243 High Court of Justice of England and Wales, consultada a 7 de Outubro 2013:

http://ec.europa.eu/competition/court/amicus_curiae_2011_national_grid_en.pdf

³⁵[2012] EWHC 869 (Ch)

5. Iniciativa do legislador europeu na proteção dos documentos de leniência

A necessidade da proteção dos documentos de leniência pelas autoridades da concorrência no âmbito das ações de indenização de modo a proteger os seus programas de leniência e, conseqüentemente, a respectiva capacidade de detectar e sancionar cartéis foi expressa na Resolução Conjunta dos Diretores Gerais das autoridades da concorrência da União Europeia, de 23 de Maio de 2012, onde concluem que:

dentro do possível nos termos das leis aplicáveis na respectiva jurisdição e sem indevidamente restringir o direito à indemnização por danos sofridos, as autoridade de concorrência tomam aposição conjunta de proteger os documentos da leniência relativamente a pedidos de acesso aos mesmos, na medida do necessário para conservar a eficácias dos programas de leniência³⁶.

Em consideração da necessidade de conceder maior segurança jurídica ao requerente de leniência quanto à não divulgação da informação constante do pedido de leniência e por ele trazida voluntariamente ao conhecimento das autoridades de concorrência, o legislador Europeu lançou em Julho passado uma iniciativa legislativa de modo a harmonizar as regras a nível nacionais:

Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às regra de concorrência dos Estados Membros e da União Europeia, de 11 de Junho de 2013.

Considera o legislador europeu que a incerteza quanto à divulgação das informações dadas no âmbito de um pedido de leniência “é suscetível de influenciar a decisão de uma empresa cooperar ou não com as autoridades da concorrência no âmbito do seu programa de clemência.”³⁷. Com o intuito de vedar o acesso aos documentos da leniência por partes em ações de reparação de danos por violação das regras de concorrência, determina o artigo 6.º da Proposta de Diretiva que:

Os Estados-Membros devem assegurar que, para efeitos de ações de indemnização os tribunais nacionais não podem, em momento algum, ordenar a uma parte ou a um terceiro que divulgue qualquer das seguintes categorias de informação (a) declarações de empresas em matéria de clemência e (b) propostas de transação.³⁸

³⁶Tradução livre, *Resolution of the Meeting of Heads of the European Competition Authorities of 23 May 2012* “Protection of leniency material in the context of civil damages actions”, consultada a 6 Outubro 2013: http://ec.europa.eu/competition/ecn/leniency_material_protection_en.pdf

³⁷Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certas regras que regem as ações de indenização no âmbito do direito nacional por infração às regras de concorrência dos Estados Membros e da União Europeia, já citada, Ponto 1.2.

³⁸Idem, artigo 6.º.

6. Conclusão

O acesso aos documentos da leniência pelas partes em ações de indenização por danos sofridos por violação das regras da concorrência levanta desafios na manutenção da eficácia dos programas de leniência que têm sido instrumentos fundamentais na detecção e punição dos cartéis. A questão torna-se ainda mais complexa em contexto de cartéis internacionais e da disparidade das regras de acesso aos documentos que os requerentes de leniência enfrentam em múltiplas jurisdições, o que pode por em causa a cooperação das autoridades de concorrência na investigação destes cartéis.

O debate sobre a necessidade de proteção da eficácia dos programas de leniência na União Europeia e o estímulo das ações de indenização, enriquecido pelos recentes acórdão do TJUE sobre esta matéria, culminou com a adoção de uma proposta da Comissão Europeia de uma Diretiva sobre Ações de indenização que, se aprovada pelo legislador Europeu, impede aos tribunais dos estados membros de dar acesso aos documentos de leniência.

O procedimento para adoção desta proposta de Diretiva foi apenas recentemente iniciado. É de esperar que deste exercício resultem as regras necessárias para a efetiva proteção dos programas de leniência, que possa servir de exemplo para outras jurisdições que enfrentem as mesmas questões.

Dosimetria da pena de multa em cartéis no âmbito do Cade. Dificuldades e perspectivas comparadas aos EUA e à Comissão Europeia

Hugo Emmanuel D Gonçalves Valladares¹

RESUMO:

A celeuma da dosimetria da pena de multa no Brasil não solucionou o ponto fulcral com a promulgação da nova lei. Não há tipificação para penas-base específicas para cada tipo de conduta anticoncorrencial. A ausência de parâmetros engendra a preocupação de uma discricionariedade excessiva. O presente artigo tem por objetivo demonstrar que não há método arraigado na jurisprudência do Cade de forma a garantir um mínimo de previsibilidade para os agentes econômicos e para o próprio Tribunal. Para tanto, pormenorizar-se-ão os métodos empregados nos EUA e na União Europeia, comparando-os àqueles utilizados no Brasil. Far-se-á análise jurisprudencial dos casos de cartéis sob a lei vigente. Por fim, sugerir-se-á uma metodologia de apoio à decisão, o MCDA, eis encaixa-se perfeitamente na problemática *in casu*, que requer uma aplicação e mensuração objetivas, a partir de preferências e conceitos subjetivos. De se ressaltar que esse artigo se limita à análise de cartéis.

Palavras-Chave: *Dosimetria da multa, Cade, Direito Comparado, Discricionariedade, MCDA.*

Códigos JEL: *A10; A12; C00; C02; D70; G28; K21; K40; K41;*

ABSTRACT:

There has been no significant advance in the setting of fines in cartels in Brazil. There is no discrimination on imposing the base fine for the sentencing dosimetry between those practices. Both parameters for setting the base fine and for augmenting or diminishing the fine are inexistent, which leads to a worrisome discretionary application of that law. The object is to demonstrate that there is no set method in CADE's jurisprudence guiding economic agents and the Commissioners themselves can tread through. We shall scrutinize sentencing guidelines from both the US and European Union and compare them to instruments adopted in Brazil. Also, we will analyze the extant jurisprudence in cartel cases under the current law. We will propose the utilization of a Multi-criteria Decision Analysis, MCDA, as it fits perfectly in the *in casu* discussion, which requires objective applications of subjective preference and conceptualization. This article restricts itself to cartelization conducts.

Keywords: *Fine Dosimetry, CADE, Comparative Law, Discretionary, MCDA.*

JEL codes: *A10; A12; C00; C02; D70; G28; K21; K40; K41;*

¹Aluno de Direito da Universidade de Brasília. Estagiário do Escritório Trench, Rossi e Watanabe Advogados, filiado a Baker & McKenzie International.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Panorama histórico de dosimetria em cartéis 3. Inovações legislativas da 112529/11 4. Breve resumo da dosimetria da multa na União Europeia 5. Breve resumo da dosimetria da multa nos Estados Unidos 6. Comparativo Brasil, Estados Unidos e União Europeia 7. Análise da jurisprudência do Cade em sede cartéis na lei 12529/2011 8. O que é MCDA 9. Conclusão e sugestão da MCDA 10. Referências bibliográficas

1. Introdução

A dosimetria da pena de multa no âmbito do direito concorrencial vem sofrendo inúmeras críticas que não são sanadas pela nova lei da concorrência, Lei 12.529/2011. Essas abrangem desde críticas à própria lei, que não discrimina e diferencia as consequências, em termos de sanções, para as diversas condutas concorrências, até ressalvas quanto à sua aplicação, tidas como algo por demais abstrato e subjetivo sem uma coerência procedimental e jurisprudencial.

De fato, o referido diploma legal não apresenta, em seu bojo, fatores, como se pode ver no Direito Penal e na tipificação dos ilícitos, que elucidem um caminho possível para fixação de multas-base diferentes para cada uma das condutas anticoncorrecionais, elencadas no art. 36. Melhor sorte também não assiste às agravantes e atenuantes previstas no art. 45. Não há quaisquer parâmetros dosimétricos, nem mesmo um norte para uma tomada de decisão.

A ausência de parâmetros engendra alguns problemas nefastos. Pode-se citar, *en passant*, arbitrariedade e abstração do processo de fixação da multa e seu próprio papel dissuasório. Este se refere a um patamar de multa, a multa ótima, que ao mesmo tempo em que se reveste de caráter punitivo e sancionatório capazes de dissuadir o cometimento de uma nova infração e reparar o dano, não o ultrapassa. Evita-se, sob esse prisma, uma perda de investimentos decorrente da insegurança e da ausência de princípios como proporcionalidade e razoabilidade do magistrado e do conselheiro.

O direito concorrencial brasileiro completou um ano sob o novo arcabouço legal. No entanto, a mudança, que talvez fosse a mais relevante e de necessidade mais premente, quanto à distinção e à tipificação dos ilícitos concorrências ficou prejudicada. Não há, sob esse prisma, uma individualização da conduta, como se pode ver no Direito Penal e no Poder Administrativo Sancionador.

De fato, houve uma tipificação das condutas a serem observadas e punidas. O que não se verifica é sua individualização. Em outras palavras, a problemática *in locu*, inclusive sendo uma das maiores dificuldades do Tribunal do Cade, reside em torno de se a multa-base seria a mesma para fixação de preços, preços predatórios, condutas unilaterais ou cartéis.

Este artigo, então, se propõe a identificar e discorrer sobre a questão dosimétrica na prática de cartéis, como ela se relaciona com a previsibilidade e se esta é realmente algo a ser almejado, além de análise jurisprudencial. Para tanto, diante da insipiente tradição e doutrina brasileira neste tema, far-se-á um comparativo com a jurisprudência e sistemas legais dos Estados Unidos e da União Europeia. Concluir-se-á, sobejamente, a nosso ver, pela aplicação do MCDA- *Multi-criteria Decision Analysis* ou Metodologia Multicritério de Apoio à Decisão.

2. Panorama histórico de dosimetria em cartéis

O Brasil não possui *guidelines* como os EUA ou a Comissão Europeia. Não há nada que auxilie ou restrinja a interpretação da lei brasileira, muito omissa, diga-se de passagem. Para a consecução do propósito deste artigo, deve-se perpassar, ainda que brevemente, pelo histórico decisório do Cade ao crivo da lei anterior.

O fato deste artigo objetivar, em seu foco principal, os cartéis condenados sob a vigência da lei atual, não afasta uma breve desconstrução dos cartéis condenados sob a lei por duas razões, tanto para absorver a evolução interpretativa, quanto para perquirir das inovações advindas da mudança do bojo legislativo cujas demandas clamam um maior balizamento legislativo.

Em decorrência da redação legislativa e da tentativa, pelo menos no início de sua vigência, de interpretação da mesma em conjunto com a constituição levou a algumas distorções. Aqui se distinguem duas formas de interpretações, apesar de muitas vezes os próprios conselheiros não assim a especificarem, a interpretação sistemática e a interpretação literal. Diferem-se na forma de se interpretar os termos empregados na construção legislativa, por demais vagos. A interpretação literal da lei tende a ser mais onerosa à empresa visto que a multa era fixada a partir do faturamento total da empresa. Já a interpretação sistemática tende a ser mais branda, pois é fixada a partir do faturamento apenas do mercado relevante. É aqui que a falta de precisão técnica do termo “faturamento”, tal como empregado na legislação,

sobressai como problemática. Tanto o é que a lei nova visou impor uma interpretação que evitasse distorções, como se verá a adiante.

Impor o pagamento sobre o faturamento das empresas em áreas alienígenas àquelas do mercado relevante pode ferir tanto o princípio constitucional da proporcionalidade como o da isonomia, no caso de cartéis onde uma empresa possui divisões em outros mercados e outra não. Ademais, o impacto da política anticoncorrencial adotada pela empresa pode afetar outros mercados ou produtos fora da área analisada.

Esse tratamento cindido, seja ele pelo faturamento total, seja pelo faturamento do mercado relevante, adquire uma conotação ainda maior na organização societária que se configura atualmente. Ao contrário de uma empresa, observa-se organizações multissocietárias com seus *proxies* pulverizados através da sua gama de atuação. Não são mais departamentos dentro de uma mesma empresa, mas varias empresas sob a mesma orientação, sob o mesmo prisma decisório.

Traz-se, então, à lume, o fato de que as empresas se beneficiam injustamente da interpretação sistemática ao pulverizar suas companhias de forma que apenas uma pequena parte do seu faturamento global responda ao crivo decisório. Foi nesse sentido que a interpretação do Cade caminhou em direção à literal. Percebeu-se que restaria desproporcional um lucro exorbitante contraposto a punições levando em conta apenas o mercado relevante sem se contar as possíveis ramificações decorrentes da atividade ilegal. Entretanto, não se pode perder vista do fato de que muitas vezes pode ser manifestamente desproporcional a aplicação de multa sobre o faturamento global da empresa.

Ilustremos essas assertivas com alguns casos. Sob a interpretação literal da lei, temos “Pinto (2010) verifica que em algumas situações o Cade fez uma interpretação literal da lei, aplicando multa com base no faturamento total das empresas, tal como ocorreu nos chamados cartéis dos aços planos, julgado em 1999, dos vergalhões de aço, em 2005, dos vigilantes, 2007, da areia, 2008, e dos gases, 2010”². Quanto aos casos referentes à interpretação sistemática da lei, temos o “cartel dos jornais do Rio de Janeiro, julgados em 2005, e das vitaminas, 2007”³.

Antes, porém, de comentar os casos aludidos, devemos citar o caso paradigmático do cartel de britas⁴. Como bem ilustrou Boson, esse caso contém as duas interpretações, variando de acordo com os recursos e com as Representadas. Em um primeiro momento, pugnou-se

²PINTO *apud* BOSON, 2012: p. 45

³*idem*

⁴PA nº 08012.002127/2002-14 (Cartel das Britas), 383ª SO, 04/10/2006, Voto do Conselheiro Relator Luiz Carlos Thadeu Delome Prado

pela condenação de todas as Representadas de acordo com a interpretação literal, isto é, a partir do faturamento global da empresa. Entretanto, a Holcim e a Embu arrazoaram Recurso Administrativo solicitando a mudança da orientação da base de cálculo. O egrégio Tribunal do Cade modificou entendimento sedimentado eis que havia uma desproporcionalidade gritante ao se perceber que: “apenas uma fração do faturamento da Holcim era obtido no mercado de britas, enquanto que apenas cerca de um quarto do faturamento da Embu vinha desse mercado”⁵. Então, o plenário mudou a base de cálculo para aquela do mercado relevante para essas duas Representadas, negando provimento a recurso semelhante apresentado pela Pedrix, apesar de constituir metade de seu faturamento global.

Verifica-se que a primeira multa em cartéis se deu no cartel de aços planos⁶, em 1999, qual seja, de 1% do faturamento bruto, o mínimo legal. O cartel dos vergalhões de aço⁷, de 2004, pautou-se, de igual maneira, pela condenação no mínimo legal, entretanto, com acréscimo de um ponto percentual, (1%) para cada uma das agravantes que se fizeram presentes. Como foram seis agravantes, a multa final foi de 7%. Todavia, tal racionalidade por parte do Conselheiro foi tão falha, eis que a multa máxima seria de 9% e não dos 30% previstos em lei, que não foi mais adotada.

A penalidade imposta sobre o cartel das britas foi excessivamente discricionária, beirando perigosamente, à arbitrariedade. Fixou-se multa de 15% do faturamento para as empresas e 20% para as líderes, empresas que fizeram parte do comitê gestor. “A pena base de 15% do faturamento leva em conta, conforme o art. 27 da Lei 8.884/1994, a gravidade da infração (inciso I), a má-fé das Representadas (inciso II), a consumação da infração (inciso V), a grave lesão à concorrência advinda da formação de cartel (inciso V)”⁸. Como se percebe deste trecho extraído do voto do Conselheiro Relator da época, apesar de citar três incisos agravantes contidos na lei, não declinou como incidiram os incisos nem qual a participação na pena de multa. De maneira análoga, não expôs o raciocínio por trás do aumento de 5% para as ditas empresas líderes.

Melhor sorte não assiste nem a dosimetria do cartel dos vigilantes⁹ de 2007 nem o cartel das vitaminas¹⁰. No primeiro caso, apesar de apresentar os mesmos agravantes no

⁵BOSON, 2012: p. 45

⁶PA n° 08000.015337/1994-48 (Cartel do Aço), ^a SO, 1/11/1999, Voto do Conselheiro Relator Mercio Felsky

⁷PA n° 08012.004086/2000-21 373^a SO (Cartel dos Vergalhões de Aço), 23/09/2005, Voto do Conselheiro Relator Luiz Alberto Esteves Scaloppe

⁸PA n° 08012.002127/2002-14 (Cartel das Britas), 383^a SO, 04/10/2006, Voto do Conselheiro Relator Luiz Carlos Thadeu Delome Prado, p. 28

⁹PA n° 08012.001826/2003-10, 408^a SO (Cartel dos Vigilantes), 24/10/2007. Voto do Conselheiro Relator Abraham Benzaquem Sicsu

¹⁰PA n° 08012.006241/1997-03, SO (Cartel das Vitaminas), 07/10/2009. Voto do Conselheiro Relator Paulo

conjunto probatório acrescido pelo fator duração, 13 anos de atividade, as multas foram idênticas, 15% e 20% para as líderes. No segundo caso, igualmente, observou-se a imposição de multas da ordem de 10% e 15% para as empresas e 20% para as líderes, contudo, pela interpretação sistemática, sobre o mercado relevante.

Finalmente, acreditamos restar suficientemente clara a ausência de parâmetros contundentes na orientação do processo dosimétrico sob a lei antiga. Nos processos em que se melhor tentou aplicação, menos arbitrária quanto possível - cartel das britas, que inclusive serviu de base para o dos vigilantes e das vitaminas- deixou-se a desejar por ter sido excessivamente discricionária. Os critérios de majoração e minoração de pena, então, foram utilizados apenas *pro forma* e de maneira canhestra.

3. Inovações legislativas da Lei 12.529/2011

Devemos expor as principais mudanças legislativas com o intuito de expor a diferença entre as leis. Os casos investigados serão, em sua maioria, casos julgados sob a égide da Lei 8.884/1994. Tais mudanças não prejudicam a análise feita, considerando que os problemas já existentes foram amplificados na lei que a revogou.

A fixação da multa base girava em torno de quatro problemas. A um, a faixa, de 1-30%, era a mesma para todas as condutas anticoncorrenciais. A dois, o termo que direcionava a aplicação, “faturamento bruto”, como no art. 23, não determinava se o faturamento era do mercado relevante ou do faturamento total da empresa. A três, o termo “empresa” foi criticado como restritivo demais. A quatro, a Lei 8.884/1994 comportava o termo “quantificável” em relação à vantagem auferida.

A nova redação ensejou as seguintes mudanças: modificou a faixa básica para 0,1-20%, mas não supriu a demanda de definir a base para cada conduta anticoncorrencial. O problema, por conseguinte, persistiu. A questão do “faturamento bruto”, e a restrição a empresas propriamente ditas, foram, em tese, superadas pelo art. 37, I, pela definição de que deve ser considerado o “faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido (...) no ramo de atividade empresarial”. Entretanto, observa-se que a definição de ramo de atividade empresarial é igualmente problemática, tanto que foi baixada uma Resolução, nº 3, de 29 de maio de 2012, definindo-a. Anexou, inclusive, à referida Resolução, uma lista construída a

partir da Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE, com o propósito de evitar o problema da interpretação sistemática ao juntar determinados mercados relevantes interconexos em apenas um ramo de atividade.

Houve ainda uma quarta modificação no seguinte quesito: “nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação”. A troca do vocábulo “quantificável” por “estimação” possibilita a aplicação propriamente dita da lei pelo Cade. Como é cediço na doutrina, quase nunca se faz possível quantificar as ramificações de uma conduta anticompetitiva. Quantificar nos remete a um cálculo que resulta em uma única resposta certa, uma resposta quantificada. Já uma mera estimação se tornaria, em tese, mais factível. Cumpre ressaltar que ser mais factível não implica a consecução da estimação das ramificações econômicas das condutas anticompetitivas.

Há ainda mais uma ressalva a ser feita ao art. 23 da Lei 8.884/94. O parágrafo único determina que as penas cominadas no caso de empresa reincidente, com sentença transitada em julgado e o ter sido nos últimos 5 anos, devem ser dobradas. Salta aos olhos a má formulação do dispositivo, pois este não especificou se, caso necessário, é passível de se ultrapassar o teto imposto de 30%. Supondo que a multa fixada, antes ainda de se analisar os agravantes, para uma empresa reincidente, tenha sido de 25%. Ainda que não haja agravantes, a multa deveria ser aplicada em dobro, isto é, 50%. Como proceder nesse caso? Pode-se assumir os 50%? De acordo com a jurisprudência do Cade¹¹, caso a empresa seja reincidente¹², a gama de cominação legal da multa será de 2-60%, isto é, amplia-se o teto legal.

Resta comprovado, ante exposto, neste panorama histórico, que a dosimetria do Cade ainda é muito incipiente não possuindo um conjunto de diretrizes balizadoras contundentes. O que se verifica, na verdade, e ao revés, é a mudança contínua de entendimentos. Ora vai-se ao encontro da pena mínima, sob a interpretação literal, ora caminha-se em direção a penas maiores, com a interpretação, outrora sistemática, pautada nas novas balizas, perpetradas na nova lei. Tal lei impõe a restrição do faturamento global da empresas no faturamento bruto da área de atividade econômica, destoando, por conseguinte, tanto da interpretação literal quanto da sistemática.

Mister se faz, antes da análise dos casos julgados pela lei nova, um breve resumo da dosimetria de multa em dois grandes polos de referência do direito concorrencial mundial, os

¹¹PA 08012.009888/2003-70 (Cartel dos Gases), 475ª SO, 22/09/2010, Voto do Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan

¹²No caso do cartel dos cases, foi imputado à White Martins multa de 50% do seu faturamento bruto eis que era uma empresa reincidente, com sentença transitada em julgado nos cinco anos anteriores.

EUA e a União Europeia. Acreditamos que esse comparativo será eficaz mas trazer a lume algumas conclusões e metodologias desses dois centros com o condão de auxiliar a sugestão, como pretendemos, do MCDA, *Multi-Criteria Decision Analysis*.

4. Breve resumo da dosimetria da multa na União Europeia

Em sua atual resolução¹³, a Comissão Europeia aponta três pontos principais para o processo de dosimetria. Em primeiro lugar fixa-se uma multa-base, um percentual do faturamento no mercado relevante do ano anterior, de acordo com a gravidade da infração, podendo se estender até 30%, multiplicando-o pelo número de anos em que houve prática ilícita. Em segundo lugar, estipula-se a imposição de multa no valor de 15-25% do das vendas no mercado relevante, que deverão ser somadas à porcentagem calculada pela multa base, pela simples adesão de uma empresa a um cartel já existente. Esse mecanismo, conhecido como “*entry fee*”¹⁴, é voltado para dissuadir empresas a darem início à modalidade anticoncorrencial mais lesiva. O terceiro ponto inovador na nova resolução refere-se à reincidência. Não é mais considerada como um mero agravante, mas sim um fator de aumento de até 100% da multa final. Cumpre salientar, entretanto, a impossibilidade da multa final alcançar mais do que 10% do faturamento global da empresa.

Existem três agravantes¹⁵ “(i) recusa em cooperar ou obstrução das investigações; (ii) papel de líder ou atos de coerção e medidas de retaliação contra outras empresas; e (iii) reincidência, para a qual especificamente é prevista elevação da multa em até 100%”. São cinco as atenuantes¹⁶:

(i) término da conduta imediatamente após a intervenção da Comissão, mas não se aplicando a cartéis; (ii) infração resultante de negligência; (iii) envolvimento¹⁷ na infração substancialmente limitado; (iv) cooperação com a Comissão fora do escopo da nota de leniência para a qual não havia obrigação de fazê-la; (v) autorização ou incentivo legal ou de autoridades públicas para o cometimento da infração¹⁸.

¹³Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1998:009:0003:0005:EN:PDF>. Acesso em: 20 de Fevereiro de 2013

¹⁴1, Item B. *Determination of the basic amount of the fine*. Ponto 25 da Resolução 2006/C 210/02 da União Europeia

¹⁵2, Item A. *Agravating Circumstances*. Ponto 28 da Resolução 2006/C 210/02 da União Europeia

¹⁶2, Item B. *Mitigating Circumstances*. Ponto 29 da Resolução 2006/C 210/02 da União Europeia

¹⁷A mera participação por tempo inferior não influencia nessa atenuante, pois já se considerou essa hipótese na fixação da pena base.

¹⁸Boson, 2012: p. 26.

Não descreve a referida resolução o montante que deve ser acrescido ou decrescido na presença das mesmas.

Importante perceber que muitas vezes a comissão pode majorar ou minorar a multa final almejando certas consequências. Por um lado, pode a autoridade aumentar a multa final¹⁹ caso observe a necessidade de deter futuras condutas sob a óptica de que a multa resultante seja inferior aos insumos auferidos pela empresa a fim de evitar a reincidência. Visa, também, por óbvio, uma pena que exceda o lucro obtido com a conduta. Por outro lado, as multas decorrentes desse processo de dosimetria podem fugir da capacidade da empresa²⁰. Nesses casos específicos, pode a autoridade reduzi-la a uma quantia substancialmente inferior. Isso eis que a manutenção da empresa em sua área econômica, isto é, impedir uma declaração de falência, por vezes tem maior valor econômico.

Deve-se reprisar, nesta celeuma dosimétrica, porém, que o referido aumento não pode ultrapassar 10% do faturamento global²¹ da empresa²². De forma análoga, caso sejam cometidas diversas infrações por diferentes membros da mesma associação, conserva-se o limite de 10% do faturamento global aqui tomado como a soma das parcelas de cada membro atuante ou afetado pela atividade anticoncorrencial.

5. Breve resumo da dosimetria da multa nos Estados Unidos

O processo de dosimetria da multa leva em consideração a fixação de uma multa-base sobre a qual recaem atenuantes e agravantes, além do Processo de Leniência e da discricionariedade de reduzir-se ou aumentar-se a pena final de acordo com a casuística específica. Em primeiro lugar, o júri decide se a empresa é ou não culpada. Em segundo lugar cabe ao juiz ou ao colegiado calcular o montante para a cominação da pena. O arcabouço legal da dosimetria de cartéis e da prática antitruste norte americana revolve sobre três diplomas legais: *Federal Sentencing Guidelines*, *Sherman Act* e *Clayton Act*.

Fixa-se, para tanto, uma faixa possível de punição, ou seja, uma gama punitiva sobre a qual recairá, ao final, a pena resultante. Aquela é calculada a partir do produto entre a multa-base e dois multiplicadores, o máximo e o mínimo, ensejando a referida faixa máxima e

¹⁹2, Item C. *Specific increase for deterrence*. Pontos 30 e 31 da Resolução 2006/C 210/02 da União Europeia

²⁰2, Item F. *Ability to Pay*. Ponto 35 da Resolução 2006/C 210/02 da União Europeia

²¹Note-se aqui que o faturamento aqui é o total e não o do mercado relevante como o é na fixação da multa-base.

²²2, Item D. *Legal Maximum*. Pontos 32 e 33 da Resolução 2006/C 210/02 da União Europeia

mínima, respectivamente. Os multiplicadores²³ são obtidos levando-se em consideração a culpabilidade da empresa. A multa base é calculada²⁴, de acordo com a *guideline*, tomando-se o maior valor dentro de três alternativas: o valor correspondente à tabela do nível da ofensa²⁵; o ganho pecuniário obtido através da ofensa; a perda pecuniária decorrente da ofensa seja ela intencionalmente, seja devido à negligência, isto é, dimana da ciência a responsabilidade para com a ofensa.

Essa culpabilidade é quantificada através do chamado “*Culpability Score*”²⁶. Este vai de 0 a 10+, quanto mais alto o número mais culpável é a empresa, sendo quatro o mínimo para cartéis. Para cada score, atribui-se um espectro de multiplicadores. Começa-se o processo com a culpabilidade de cinco aumentando-se ou subtraindo-se pontos²⁷ a partir de seis itens²⁸: “(i) tamanho da unidade da empresa envolvida no cartel, considerando-se o número de funcionários; (ii) histórico da organização; (iii) violação de ordem judicial ou de *probation*; (iv) obstrução de justiça; (v) Programa de ética e ter um *compliance* eficiente; (vi) auto-denúncia, cooperação com autoridade e aceitação de responsabilidade”²⁹.

Assim como na comissão europeia, os julgadores americanos podem optar por aumentar ou reduzir a pena não apenas de acordo com as capacidades da empresa, mas também o poder econômico e influência que detém. Há, também, um teto legal limitante do montante final da dosimetria qual seja de US\$ 100 milhões³⁰, ou duas vezes o ganho ilícito ou o dano causado às vítimas.

O *Guideline Manual* possuía um poder vinculante ao julgador, isto é, dever-se-ia aplica-lo sem quaisquer modificações e sem extrapolar os limites por ele impostos. Essa vinculação mandatória advinda da decisão *Blakely V. Washington*. Entretanto, o caso da *United States V. Booker*³¹ quebrou esse precedente mudando a orientação da aplicação do *guideline*³². Não só não é mais obrigatório, mas também confere ao juiz a prerrogativa de

²³§8C2.6 pg 514 do *Guideline Manual*

²⁴§8C2.4 pg. 505 do *Guideline Manual*

²⁵*Offense level*

²⁶Começa na página 507 do *Federal Sentencing Guidelines Manual*.

²⁷Cabe lembrar que diferentemente do que ocorre no Brasil, cada item e subitem possui um valor determinado de subtração ou adição.

²⁸§8C2.5 páginas 507 a 510 do referido *Guideline Manual*

²⁹Boson, 2012: p. 33

³⁰*Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* of 2004, § 215(a)

³¹<http://www.law.cornell.edu/supct/html/04-104.ZS.html>

³²DOERR, Matt T. **NOT GUILTY? GO TO JAIL. THE UNCONSTITUTIONALITY OF ACQUITTED-CONDUCT SENTENCING.** Columbia Human Rights Law Review: Fall, 2009. Disponível em: <<https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=41+Colum.+Human+Rights+L.+Rev.+235&srctype=smi&srcid=3B15&key=1314100b4986e1e326f33aa88614226f>> Acesso em: 20 fev. 2013

augmentar as sentenças criminais desconsiderando-se a Sexta Emenda³³ da Constituição Americana. Contudo, cumpre salientar que essa desconsideração não é a bel prazer do juiz. Só é passível nos casos em que a punição máxima prevista não seja suficiente para atingir um patamar dissuasório e reparativo da multa. É agora apenas um guia pelo qual as decisões devem ser pautadas³⁴ permitindo eventuais extrapolações dos limites impostos³⁵. Dessa forma, se demandar a casuística, poderá o juiz ultrapassar o referido teto legal.

6. Comparativo Brasil, Estados Unidos e União Europeia

Admitiu-se aqui, para efeitos comparativos, apenas as legislações americanas e europeias tendo em vista sua posição dominante no ranking de atuação no combate de atividades anticoncorrenciais. Pretende-se interpretar a nova lei a partir dos mecanismos dos dois centros supracitados.

O ponto nevrálgico, o resultado final, o objetivo que se almeja com a pena de multa é a pena ótima. Uma pena que é onerosa no ponto exato para que a conduta não se repita e para que sirva de exemplo às outras empresas deixarem de considerar a formação do cartel e os outros atos anticoncorrenciais, além, é claro, da reparação. Por conseguinte, a multa ótima tem o poder dissuasório e punitivo. No entanto, apesar da busca da pena ótima ser o foco, manifesta é a impossibilidade de chegar-se à mesma. A previsão do dano infligido no mercado, quantificando-se no preço, nas consequências reais e naquelas que existiriam sem os atos anticoncorrenciais, é por demais fluida para se precisar. A análise de mercado é limitada à previsão do *quantum* em que foi afetado o mercado.

A aplicação da nova lei concorrencial brasileira, Lei 12.529/2011, apesar de ainda insipiente³⁶, já que completou um ano de vigência recentemente, impõe, graças a sua própria legislação, uma diferença gritante: a fixação da multa-base. Como se verá, grande geradora de problemas, perante outros sistemas pelo mundo, primordialmente aos dois supracitados.

Apesar de muito criticada na antiga redação, a ausência de parâmetros definidores para uma diferenciação das variadas atividades anticompetitivas se manteve. O sistema penal brasileiro define o raio de fixação da pena base, para a primeira fase da dosimetria, para cada

³³Direito à Processual Judicial por Júri (*Right to Trial by jury*)

³⁴O guia e sua importância continuam. Apenas no caso concreto que, requerido por evidências *beyond reasonable doubt*, pode o juiz extrapolá-lo.

³⁵Contudo, premente ressaltar o direito de apelação de que se resguardam as partes.

³⁶Não houve, ainda, decisão do Cade sob a nova lei.

conduta ilícita. Há parâmetros para homicídio, para latrocínio, para todas as condutas tipificadas. Na nova lei da concorrência faltou seguir este modelo. Enquanto a antiga lei possuía um parâmetro de 1-30% do faturamento global da empresa, ou 2-60% no caso de reincidência, em relação às condutas possíveis, a nova lei modificou toda essa porcentagem. Agora, tem-se 0,1-20% do faturamento bruto, além de introduzir-se uma mudança importante em sua redação: a inclusão dos vocábulos “grupo” e “conglomerado”, restringindo à interpretação sistemática da mesma. De antemão, já se prevê como seriam, e efetivamente o são, as inconsistências na aplicação de lei tão omissa.

Traçando-se um paralelo com a dosimetria no Direito Penal, percebe-se, além da referida falta, outra, qual seja, a ausência de parâmetros do *quantum* do aumento das agravantes ou redução pelas atenuantes. Um caso ilustrativo, como já dito, o cartel dos Vergalhões de Aço de 2005, demonstra claramente o problema. Fixou-se na pena mínima de 1% acrescentando-a em outro 1% para cada agravante. No entanto, observa o absurdo: são oito agravantes previstas; a empresa se enquadrou em seis dos oito; a pena final foi fixada em 7%. Ao se debruçar na analisar desses fatores, percebe-se que todas as agravantes, caso presentes, e dentro dessa lógica, consistiriam em apenas 8%.

O art. 45 da nova lei discrimina as oito possíveis agravantes e atenuantes: a gravidade da infração; a boa-fé do infrator; a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; a consumação ou não da infração; o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; a situação econômica do infrator; e a reincidência. O art. 37, §1º, entretanto, prevê a cominação em dobro da multa no caso de reincidência. Uma primeira crítica pode ser feita a esse artigo. Será que se pode dobrar a multa pela reincidência e, ao mesmo tempo, usá-la como agravante? No nosso entendimento, essa hipótese incorre em *bis in idem*, não devendo, pois, ser aplicada.

A principal crítica, talvez, que possa ser feita ao art. 45, surge ao analisarmos a jurisprudência do Tribunal do Cade. Por não haver parâmetros, fica nas mãos dos Conselheiros para, discricionariamente, escolherem um valor a ser imputado a cada uma dessas agravantes e atenuantes. A uma, pergunta-se se é interessante uma previsibilidade muito alta da multa imputada a uma determinada conduta. Evidentemente, caso se manifeste essa hipótese, e seja feita uma avaliação pelas partes e elas percebam que, mesmo que sejam pegadas e punidas, o lucro auferido compensa, a multa perde todo seu caráter dissuasório e reparatório e, por conseguinte, seu fim. A duas, um processo de fixação da multa completamente arbitrário, sem padrões ancorados em jurisprudência é igualmente nocivo.

Há outra diferença que é interessante de se pensar que foi desconsiderada tanto pela legislação europeia quanto pela brasileira. Ao se analisar relações entre empresas ou entre as empresas e a sociedade muitas vezes se negligencia o tamanho delas. Os Estados Unidos trouxeram como inovação a consideração do número de funcionários como critério agravante³⁷. Por mais que se analise o faturamento bruto para a imposição da multa, voltar-se às dimensões da empresa e quantificá-las como parte de algum critério na dosimetria se torna premente ao munir-se da Constituição como fator adicional na discussão da problemática. Aplicar-se-ia, de fato, o princípio da isonomia com maior tranquilidade no sentido de que empresas com dimensões diferentes seriam punidas de acordo com suas capacidades. Tratar os desiguais desigualmente é a máxima interpretativa numa sociedade democrática de Direito que leva em consideração a Constituição como Lei Maior. Não se vê isonomia em punir uma grande rede de supermercados e uma mercearia, por exemplo, da mesma forma. Caso se fixasse uma multa de 20% para as empresas integrantes de algum cartel específico, e se levasse em consideração as diferentes dimensões da empresa, ter-se-ia uma multa mais elevada para aquela empresa de maiores magnitudes e capacidades.

A duração de um cartel é logicamente fundamental para se entender o impacto que o mesmo teve na sociedade. Tanto o sistema americano e o europeu consideram-na no processo dosimétrico. O primeiro considera a duração total das condutas ilícitas do cartel para fixação da multa, logo, leva em conta a duração. O segundo utiliza o tempo como um dos fatores do produto da equação geradora da multa-base. O sistema brasileiro, infelizmente, descarta o tempo como qualquer fator, seja na dosimetria da multa-base, seja como agravante ou atenuante. De fato, muitas vezes é impossível obter-se todos os dados da duração do cartel. No entanto, poder-se-ia ter incluído na legislação atual algum mecanismo que a aplicasse caso houvesse provas. Talvez na fixação da multa-base, eivado de legitimidade estaria o Conselheiro que se reputasse à manifestamente longa, ou curta, duração do cartel para imposição no teto legal, por exemplo.

Todos os três sistemas impuseram um limite a essa dosimetria. Há um teto legal. A mais rígida, em teoria, é a dos americanos. Eles possuem um limite dividido em três hipóteses: nenhuma multa superior a \$100 milhões de dólares, duas vezes o ganho ilícito ou o dano causado às vítimas. No entanto, de acordo com a jurisprudência assentada em *United States V. Booker*, pode o juiz extrapolar quaisquer limites impostos pelo *guideline*, desde que suficientemente motivado. De fato, na prática, o caso em tela apresenta tal necessidade, não

³⁷Inseridos no Culpability Score

há limite legal para multa. A comissão europeia fixou-a em até 10% do faturamento global da empresa. Já a legislação brasileira, optou por até 20% do faturamento no ramo de atividade. A depender da pulverização dos *proxies* da empresa e do tamanho da mesma, o teto pode ser maior ou menor ao se comparar os últimos dois sistemas.

Por fim, há de se ressaltar última distinção relevante. A pessoa física infratora ou instigadora ou organizadora da conduta ilícita pode ser responsabilizada sem prejuízo de o ser a empresa. A legislação americana impõe um limite de até \$1 milhão de dólares. Já a brasileira define um parâmetro de 1-20%³⁸ da multa incidente na empresa.

Ao que nos parece, a legislação americana é a que define melhor os parâmetros e os guias referentes ao processo dosimétrico oferecendo, de fato, a maior previsibilidade na aplicação de multas referentes a condutas ilícitas. Não obstante, ao que se demonstrou aqui, é o sistema mais rígido em punições. Não é por acaso que não há casos de reincidência em cartéis desde 1999.

Como se pôde ver nessa análise, a previsibilidade de uma conduta, isso é, o *trade-off* que um agente econômico racional pode efetuar ao considerar adentrar em condutas ilícitas anticoncorrenciais, é muitas vezes superior no sistema americano. A dosimetria é *straightforward*³⁹, ainda que a multa-base tenha critérios tanto quanto abstratos, a incidência de agravantes é tipificada e precisamente dosada numa gama de multiplicadores.

Será, no entanto, que se deve prezar pela previsibilidade? Por um lado, as decisões da autoridade antitruste serão muito mais consistentes e previsíveis. Isso é um objetivo a ser respeitado. Contudo, essa previsibilidade só se reveste de eficiência se a pena resultante for suficiente para dissuadir potenciais empresas a considerarem essas condutas. Caso contrário, aquela empresa informada poderá adotar práticas de anticompetição sabendo que, ainda que seja pega, auferirá uma boa margem de lucro.

Acreditamos que o exemplo norte americano é o mais correto. Obviamente todo sistema tem falhas, mas, talvez, em seu arcabouço legal, há certas soluções para as críticas a ele apontadas. Em primeiro lugar, poder-se-ia dizer que ele é o sistema mais previsível já que todas as hipóteses estão previstas, as agravantes e atenuantes são aumentadas de acordo com os critérios fixados. Entretanto, a parte rígida resultante dessa dosimetria é um espectro, uma gama de aplicação da multa. Dessa forma, há certa discricionariedade sem deixa-la

³⁸ Art. 37, III, Lei 12529/2011

³⁹ Ainda considerados aspectos de difícil apuração prática, a ordem e a organização dos pontos a serem considerados são muito bem definidos. A nosso ver, apenas apurar a duração do cartel e quantificar os critérios da multa-base seriam mais difíceis de serem obtidos precisamente. Estes são: valor correspondente à tabela do nível da ofensa; o ganho pecuniário obtido através da ofensa; a perda pecuniária decorrente da ofensa seja intencionalmente, seja devido à negligência, seja apenas com a ciência de que o fato será prejudicial.

completamente aberta para interpretação. Em segundo lugar, caso uma empresa faça uma estimativa dos lucros que possam ser auferidos através de uma conduta anticompetitiva, e estes sejam maiores do que a faixa máxima resultante dos multiplicadores, estaria aquela propensa dar início ao referido comportamento. Aqui se insere a beleza do mecanismo engendrado em *United States V. Booker*. Os limites legais e, analogamente, os multiplicadores máximos da faixa de punição, podem ser extrapolados se a casuística demandar.

Por óbvio, não se implica que os Estados Unidos têm o sistema perfeito ou que seu sistema sempre aplica a multa ótima. São vários os elementos, alguns subjetivos outros de difícil mensuração, a serem analisados. Uma empresa pode se beneficiar de uma conduta anticompetitiva ainda que punida. O ponto que se almeja nessa discussão, é demonstrar que o direito antitruste no Brasil possui muitas falhas, que podem ser supridas por vias outras do que emendas à lei pelo legislativo, através, também, de uma comparação com os EUA.

Antes da análise jurisprudencial, deve-se explicar o porquê de se adotar os Estados Unidos como exemplo em detrimento do europeu. O sistema dosimétrico europeu, como exposto no início desse artigo, possui diferenças muito maiores daquele brasileiro. Em primeiro lugar, não há previsão de pena de multa privativa de liberdade, como neste país e nos EUA. Em segundo lugar, a duração do cartel é inerente à fixação da multa-base. No Brasil não há tempo como fator na dosimetria, apesar de poder o Conselheiro, a nosso ver, inserir alguma das agravantes. Nos EUA, apesar da previsão de tempo como fator, esse não é fundamental para a fixação da pena-base, apenas como fator agravante. Em terceiro lugar, as atenuantes e agravantes previstas pela Comissão Europeia não encontram respaldo na lei brasileira. Algumas hipóteses previstas pelos EUA assemelham-se mais às do Brasil. Por fim, a Comissão Europeia prevê, como já citado, uma “*entry fee*” altíssima, instituto que não apresenta paralelo nem no Brasil nem nos EUA.

Desse modo, concluímos pela utilização do sistema antitruste norte americano como parâmetro e como exemplo a ser seguido. Cumpre salientar que as razões, ante expostas, são suficientes para rejeitar o movimento majoritário de tomar emprestado definições, mecanismos e decisões da União Europeia, e não dos Estados Unidos.

7. Análise da jurisprudência do Cade em sede cartéis na Lei 12529/2011

Passamos agora para a exegese em si de casos *benchmark* a partir dos quais tentaremos extrair, ou melhor, provaremos ser impossível identificar, uma linha pela qual os

Conselheiros se baseiam no processo dosimétrico. O processo dosimétrico americano e europeu foram determinantes para a identificação de alguns dos problemas que foram apontados na seção acima. A perspectiva dada no comparativo possibilitou-se, assim, finalmente analisar-se a questão nevrálgica desta celeuma sob uma óptica contextualizada: a jurisprudência dos casos de cartéis sob a lei nova.

Não obstante ser quase impossível retirar um entendimento bem sedimentado, muitas vezes o Conselheiro simplesmente não se explica. Não declina o porquê de determinada multa base e o porquê de majorar ou minorar a porcentagem determinada. Perquirir acerca de casos *benchmark*, isto é, casos famosos que servem ou serviram de exemplo, e não sobre casos aleatórios, faz-se imperativo considerando que o ponto ao qual se quer chegar. O que se demonstra é justamente que, na jurisprudência do Tribunal, não há qualquer direção fixada e, portanto, não faria sentido selecionar casos randomicamente. Cumpre salientar que o foco deste artigo gira em torno da lei nova, do tratamento dado às pessoas jurídicas. Os problemas que se observa hoje na dosimetria do Cade foram primeiro identificados na lei antiga. Os casos que foram julgados apesar de o terem sido sob a égide da Lei 8.884/1994, por conseguinte, não estão aqui prejudicados por análise em lei revogada. As inovações trazidas pela nova lei, na parte do cálculo da dosimetria, servem apenas para enaltecer o problema.

Dessa forma, ressaltamos a dissertação de Daniel Boson que brilhantemente demonstra⁴⁰ a ausência de critérios bem estabelecidos “no que tange à base de cálculo quanto ao percentual do faturamento considerado. Isso demonstrou a falta de capacidade do Conselho de justificar suas decisões no que tange à dosimetria das penas, o que pode resultar em reversão das mesmas no âmbito do Poder Judiciário”⁴¹.

Sob a sombra da lei nova, foram julgados onze processos administrativos referentes a controles de conduta. No entanto, apenas três casos de cartéis foram julgados e condenados sob a égide da lei nova. O cartel do Ecad, dos postos de combustíveis de Teresina/PI e o cartel paranaense dos produtores de cal foram todos condenados pela Lei 8.884/1994. Coincidentemente, todos os quatro cartéis que se encaixam no crivo adotado, são de uma mesma Conselheira, quais sejam, cartel dos postos de Bauru, cartel dos postos de Londrina, cartel dos postos de Caxias do Sul. Analisaremos, também, o cartel do Pão eis que fora feito nos mesmos moldes dos outros 3 processos e que, se não fosse pela ausência de faturamento no mercado relevante, o teria sido feito sob a Lei 12.529/2011.

⁴⁰Boson fez um paralelo a Gabriel Pinto, ressalta e expande seus argumentos dando corpo à tese de que a dosimetria do Cade não segue parâmetros bem definidos, por vezes sem fundamentação, pelo menos aos olhos do Judiciário, como se viu.

⁴¹Boson, 2012: p.75

Deve-se, com intuito de ilustrar, ainda que brevemente, tecer certas considerações acerca da retroatividade da lei no âmbito do Direito Administrativo. A jurisprudência assentada⁴² vincula o tratamento dado ao Direito Administrativo Sancionador com o Direito Penal. O ilícito consumado à época de lei revogada será por ela julgado caso a lei nova seja mais nociva, isto é, seja pior para o réu ou o condenado. Dessa forma, só se permite a *reformatio in melius* retirando-se o caráter, da lei posterior, de *reformatio in pejus*.

O Cartel dos Postos de Bauru⁴³ foi emblemático. Trouxe à tona algo pouco comum na jurisprudência do Cade, analisou cada um dos elementos contidos no art. 45. Transcrevemos a conclusão em referência a essa pormenorização:

Dessa forma, considerando (i) a inegável gravidade da infração cometida no mercado de revenda de combustíveis em Bauru, (ii) a ausência de boa-fé dos infratores, (iii) as vantagens pretendidas e aferidas com a conduta, (iv) a consumação do cartel orquestrado pelos Representados, (v) o perigo à livre concorrência oriundo da conduta, (vi) o forte grau de lesão à economia, (vii) a situação econômica dos Representados enquanto empresas de pequeno porte e (viii) a inexistência de reincidência, fixo multa de 15% (quinze por cento) do valor do faturamento bruto obtido no ano anterior à instauração do presente processo administrativo no ramo de transporte e distribuição de combustíveis⁴⁴

A douta Conselheira não declinou a razão que ensejou a fixação de pena em 15%. A pena prevista na nova lei tem amplitude de 0,1% até 20%. Consideramos seguro o entendimento de que os 20%, isto é, o máximo legal, deveriam somente ser aplicados aos casos em que os danos gerados fossem gravíssimos de sobremaneira ou que fossem graves e comportassem todos os agravantes.

Acreditamos, igualmente, que a razão por trás dos 15%, além de ser a margem comum de aplicação na lei antiga, pode ser oriunda do porte econômico das Representadas. De fato, o

⁴²MS 15.095/DF, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2012, DJe 17/09/2012

REsp 1216473/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 09/05/2011

MS 13.523/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 04/06/2009

AgRg no HC 254.523/PE, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 30/10/2012

AgRg no Ag 1251541/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 11/10/2010.

RMS 23.587/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 03/11/2008.

REsp 337.447/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 04.12.2003, DJ 19.12.2003

⁴³PA n° 08012.004472/2000-16 (Cartel de Combustíveis Bauru), 17ª SO, 12/03/2013, Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão

⁴⁴Página 50 do PA n° 08012.004472/2000-16 (Cartel de Combustíveis Bauru), 17ª SO, 12/03/2013, Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão

cartel é a atividade econômica mais dolosa. Suas repercussões geram ineficiências gravíssimas, lucros injustificados, repartição do dano ao consumidor e, *in casu*, elevação de preços e perdas econômicas devido à própria área à qual está adstrita o cartel. Em outras palavras, a zona de Bauru é uma zona extremamente industrializada e dependente do fator transporte, logo, uma conduta concertada para o aumento do preço do combustível tem consequências ainda mais graves.

Ante o exposto, conclui-se que tudo o mais prejudicial dessa conduta anticompetitiva está presente, inclusive com a presença de escutas telefônicas que demonstram tanto a consciência da ilicitude como a vontade e expectativa de impunidade. Portanto, resta-nos o entendimento que os 5% restantes para o teto legal, apesar de não ser assim descrito no voto, corresponderiam ao pequeno porte econômico das empresas. Não se deve, a nosso ver, confundir os argumentos concludentes da casuística, da potencialidade lesiva inerente ao cartel que prescindira de uma análise maior de mercado como fator determinante no cálculo da multa. Ressalte-se que análise mais completa do mercado compõe análise do mercado relevante, barreiras à entrada e concentração de mercado. A presunção lesiva nesse caso foi oriunda da própria materialidade da conduta. De fato, caso fossem empresas maiores, em um caso tão bem descrito e determinado, com tantas agravantes, dificilmente poderia sequer cogitar-se a uma multa inferior ao teto legal.

O cartel dos Postos de Londrina⁴⁵ foi um caso mais complicado eis que algumas das pessoas jurídicas não preencheram os requisitos necessários para a aplicação da Lei 12.529/2011. Isso seu deu, ratificando-se, pois no âmbito do direito administrativo sancionador, aplicar-se-á, conforme jurisprudência arraigada tanto nas instâncias administrativas quanto judiciais, lei posterior somente se for mais benéfica. A aplicação da Lei 12.529/2011 é presumidamente mais benéfica exceto o art. 37, inciso II, que versa sobre as associações de entidades e pessoas constituídas de fato ou de direito que não exerçam atividade empresarial. Nesses casos, aplicar-se-á o art. 23, inciso III, da Lei 8.884/1994.

Por serem casos semelhantes os desses dois postos, e a mesma Conselheira Relatora, o tratamento foi semelhante. A multa imposta foi de 15% do faturamento bruto no ramo de transporte e distribuição de combustíveis. Transcrevo o trecho concludente:

Assim, nos termos do art. 37, inc. I e do art. 45 da Lei 12.529/2011, considerando (i) a inegável gravidade da infração cometida no mercado de revenda de combustíveis em Londrina, (ii) a ausência de boa-fé dos infratores, (iii) as vantagens pretendidas e aferidas com a conduta, (iv) a consumação do cartel orquestrado pelos

⁴⁵PA nº 08012.001003/2000-41 (Cartel de Combustíveis Londrina), 17ª SO, 12/03/2013, Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão

Representados, (vi) a situação econômica dos Representados enquanto empresas de pequeno porte e (vii) a inexistência de reincidência, **fixo multa de 15% (quinze por cento) do valor do faturamento bruto obtido em 2000 no ramo de transporte e distribuição de combustíveis³ pela empresa Derivados de Petróleo Três Marcos Ltda.** (grifo no original)⁴⁶

Os casos são extremamente semelhantes, as repercussões e vantagens auferidas são parecidas, a materialidade da conduta da mesma forma e racionalidade econômica por detrás da conduta e a consciência dos ilícitos são muito próximos entre esses dois casos.

Concluimos, portanto, que não haveria de ser diferente o tratamento conferido a esse cartel em face caso dos Postos de Bauru eis que apresentam as mesmas condições, consequências, um marco temporal próxima e condições de investigação parecidas. A dosimetria, então, seguiu, fielmente, como se percebe do trecho destacado, o entendimento sedimentado no primeiro caso.

O posto de Caxias do Sul foi tratado de maneira idêntica. A Conselheira Relatora é a mesma, o mercado relevante no qual a conduta se adstringe é o mesmo, ainda que em outra região geográfica, os elementos constitutivos do ilícito concorrencial são idênticos. A pena de multa imposta, como se pode observar no voto, não apenas é dos mesmos 15%, como também com estrutura gramatical e semântica idêntica, como se fosse tão somente uma adaptação dos julgados dos outros dois postos.

Atente-se que não se faz aqui uma crítica, pelo contrário, ainda que não consideremos que o potencial dosimétrico da lei foi atingido, não se esperava que o fosse. Não foram definidos, nem ao menos se arriscou fazê-lo, os parâmetros de majoração da multa para esses três cartéis de postos de gasolina.

A Conselheira, portanto, ao revés, estabeleceu ao menos um *benchmark* ao analisar cada uma das hipóteses previstas no art. 45 da nova lei. A discussão de competência de um Conselheiro de “legislar” ao definir parâmetros específicos para cada inciso dá voltas e é infrutífera. Não cabe tão somente a um dos Conselheiros outorgar-se uma competência a qual não lhe foi conferida. Em vistas disso, reconhecemos que o caminho por ela tomado foi a saída, digamos, por *faute de mieux* para um problema sem solução aparente. Ela levou em consideração a gravidade das condutas e suas repercussões uma a uma para a fixação da multa. Em nenhum momento fixou-se uma pena-base, caso o contrário obrigatoriamente teriam de ser definidos parâmetros, o que se fixou foi uma pena final, uma pena que contemplasse todo um processo de instrução e saneamento do processo para uma resultante quantificada em 15%.

⁴⁶Páginas 32 e 33

O quarto e último cartel inserido nos moldes na nova legislação, o cartel do Pão, teve uma repercussão na mídia interessante, sendo inclusive capa do portal G1 na internet⁴⁷. Foi um Processo Administrativo referente à manipulação do preço do pão, por meio de condutas concertadas, inclusive através de coerção, visando tão somente o lucro. Sob a mesma óptica, foi relatado pela mesma Conselheira dos cartéis dos postos de gasolina.

De maneira análoga aos cartéis supracitados, a aferição da materialidade da conduta supriu a necessidade de uma análise de mercado mais aprofundada, a presunção da potencialidade lesiva da conduta restou facilmente verificada. Entretanto, munindo-se do fato de que as Representadas eram micro e pequenas empresas, cuja balança econômica é inerentemente delicada, como é cediço na doutrina, a Conselheira tomou posição interessante. Afirmou, *in litteris*, “a dosimetria da pena deve ser realizada levando-se em consideração a particular situação econômica dos Representados (Lei 12.529/2011, art. 45, inc. VII), que se mostra bastante distante daquela normalmente encontrada nos processos administrativos analisados por este Conselho”⁴⁸.

A pena de multa para as Representadas foi, entretanto, aplicada sob a luz da lei antiga. Como já vimos, no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, assim como no Direito Penal, não se admite a *reformatio in pejus*. Como bem demonstrado no voto, “a precariedade organizacional das empresas representadas revela-se na dificuldade de apresentar dados confiáveis com relação ao faturamento obtido no ramo de atividade em que ocorreu a infração no ano anterior à instauração do processo”⁴⁹.

Na ausência de faturamento bruto no ramo de atividade empresarial no ano anterior à instauração do Processo Administrativo, requisito do art. 37, inciso I, aplica-se subsidiariamente, às pessoas jurídicas, o art. 37, inciso II. Esse inciso confere discricionariedade na definição do valor da multa limitadas por dois extremos, R\$ 50.000,00 e R\$ 2.000.000,00, isto é, entre cinquenta mil e dois milhões de reais. Este artifício é remanescente da Lei 8.884/1994. Seu art. 23, inciso III, determina a fixação da multa em dois extremos. Conquanto o teto seja superior, UFIR 6.000.000,00⁵⁰, o piso é substancialmente

⁴⁷<http://g1.globo.com/distrito-federal/noticia/2013/05/cade-multa-padariarias-do-df-em-r-650-mil-por-formacao-de-cartel.html>, acessado em: 22 de Maio de 2013

⁴⁸Páginas 36 e 37, PA nº 08012.004039/2001-68 (Cartel do Pão), 22ª SO, 28/05/2013, Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão.

⁴⁹Páginas 36, PA nº 08012.004039/2001-68 (Cartel do Pão), 22ª SO, 28/05/2013, Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão.

⁵⁰Aproximadamente R\$ 14.400.000,00, quatorze milhões e quatrocentos mil reais.

inferior, UFIR 6.000,00⁵¹, seis milhões e seis mil de Unidades Fiscais da de Referência⁵², respectivamente.

Na instrução do processo, e como já foi dito aqui, aduz-se ao tamanho das empresas, e de sua condição econômica, para fixar-se a pena a um patamar abaixo daquele da lei nova ferindo, por conseguinte, a garantia de só aplicar-se o *reformatio in melius*. Em vistas disso, fixou-se a pena em UFIR 30.000,00⁵³.

Conquanto a lei aplicada tenha sido a lei antiga, para pessoas jurídicas, o voto aludido nos é importante por duas razões: a referência expressa aos casos dos cartéis dos postos de gasolina como jurisprudência tal qual fora nossa conclusão, e levar em consideração o porte econômica das empresas. A referência à jurisprudência, entre outros fatores não pertinentes para a discussão aqui elucubrada, também é percebida no fato de que todas as agravantes e atenuantes foram pormenorizadas uma a uma. Até porque, a utilização da lei anterior se dá justamente pelo inciso VII, do art. 45 da Lei nova que é menos benéfica que a lei da época da consumação dos fatos.

O cartel em questão, com tantos elementos negativos e agravantes, inclusive com coerção, escutas telefônicas, repercussões claras tanto para os consumidores, quanto para outras empresas dependentes de combustíveis para sua atividade, apresenta materialidade da conduta exposta e óbvia, além da consciência da ilicitude. Argumenta-se que a punição ter sido de 15%, e não do máximo legal, 20%, devem ser em decorrência justamente dos portes das empresas. De fato, os postos de gasolina analisados possuem lucros maiores do que meras panificadoras em cidades satélites, ainda mais no caso de Bauru que os postos abasteciam a demanda da indústria. O reconhecimento do porte das panificadoras ensejou uma punição pouco acima do piso legal, correspondentes a 0,5% do teto legal. Concluimos, assim, que os 15% devem ser oriundos do porte dos postos de gasolina que, apesar de não serem tão delicados quanto as panificadoras, não são grandes conglomerados econômicos.

O ponto nevrálgico dessa problemática pode ser destrinchado com uma simples hipótese: no caso de um cartel semelhante aos quatro supracitados, como proceder na dosimetria da pena se um dos fatores agravantes que está presente em todos os cartéis estiver ausente? Fixar-se-á em 10%? 12%? 13%? Não se vislumbra resposta. É nesse sentido que argumentamos que, conquanto as decisões da Conselheira já tenham dado um passo adiante,

⁵¹Aproximadamente R\$ 14.400,00, quatorze mil e quatrocentos reais.

⁵²UFIR foi fixado, em 2013, a R\$ 2,40

⁵³Aproximadamente R\$ 72.000,00, setenta e dois mil reais.

ainda são um tanto quanto discricionárias a ponto de não se estabelecer um método, um procedimento, nem ao menos uma orientação que aponte um caminho viável de dosimetria.

Resta salientar que a inovação proposta pela Conselheira destes processos já surtira efeito em pelo menos dois outros casos de conduta analisados. Não apenas fora levada em consideração a análise, quase que *ipsis litteris*, da não *reformatio in pejus*, mas também ao açambarcar o modelo de exegese, daquela Conselheira, no que se refere a individualização *in locu* do disposto no art. 45 da nova lei. Refiro-me do cartel de postos de combustíveis de Teresina/PI⁵⁴, sob poder do Ex-Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, e do cartel paranaense dos produtores de cal, sob *manus* do Conselheiro Ricardo Ruiz. Ambas as dosimetrias foram realizadas sob lei antiga em decorrência da impossibilidade de aplicação da *reformatio in pejus*. Não obstante, ambos os Conselheiros usaram⁵⁵ o “modelo” da Conselheiras dos casos analisados, *supra*.

Por fim, consideramos louváveis os esforços envidados para esse movimento de pormenorização dos incisos do art. 45 da nova lei, talvez podendo até ser considerado *avant-garde*⁵⁶. Porém, ainda que louváveis, o ponto fulcral do problema ainda está intrinsecamente conectado à forma a que deu preferência o legislador. A não fixação de parâmetros lípidos necessários para majoração e minoração da pena-base engendra a aplicação, longe de cristalina, como no Direito Penal, da punição do ilícito.

8. O que é MCDA

O MCDA, Metodologia de Apoio à Decisão, é uma evolução da Pesquisa Operacional (PO) e uma tentativa de organização de uma comunidade antes dispersa, fixada na gênese de fórmulas matemáticas estáticas preocupando-se, como na Economia, apenas em maximizar os lucros e minimizar as perdas. A MCDA quebra com essa objetividade e racionalidade

⁵⁴PA nº 08012.007301/2000-38 17ª SO (Cartel de Combustíveis de Teresina), 06/03/2013, Voto do Conselheiro Relator Marcos Paulo Veríssimo E
PA nº 08700.000547/2008-95 17ª SO (Cartel de Combustíveis de Teresina), 06/03/2013, Voto do Conselheiro Relator Marcos Paulo Veríssimo

⁵⁵O Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo faz, inclusive, referência expressa ao julgado: “conforme entendimento já manifestado perante esse tribunal pela Conselheira Ana Frazão em voto-vogal no PA n. 08012.009834/2006-57”

⁵⁶Talvez não seja a mais correta das expressões eis que alguns Conselheiros, no passado, já perpassaram por esses fatores, na lei antiga, em seus julgados. No entanto, não havia um consenso, eram casos isolados. Tal expressão foi por nós conferida haja vista a pressão pela qual devia ela estar submetida a definir um modelo, ou ao menos uma direção, a ser seguido na punição de cartéis da lei nova. Acreditamos ter sido uma tentativa feita de forma a iluminar aquele caminho notório por ser rochoso e tortuoso.

econômica rígida voltando sua atenção aos problemas sociais e vem em auxílio dos tomadores de decisão. A partir dessa metodologia, logram em moldarem e validarem seus próprios conceitos e valores entendendo seu problema com mais profundidade e a partir de um processo mais interativo e construtivo.

O objetivo desta metodologia é encontrar um conjunto de soluções que, de acordo com suas convicções, possibilite a tomada de uma decisão mais adequada. Cumpre salientar que não é uma decisão fixa e rígida. Há um vasto número possível de decisões. Serve, assim, como um auxílio objetivo para uma racionalidade subjetiva.

A metodologia MCDA consiste em três princípios ou convicções básicas no processo decisório. Em primeiro lugar a subjetividade e objetividade estão interligadas e são inseparáveis, a primeira relaciona-se a um juízo de valor dos atores e a segunda às ações na tomada de decisão em si. Em segundo lugar, na participação nesse processo interativo, os atores têm uma aprendizagem em interpretar melhor seu juízo de valor. Por fim, a visão construtivista é imperativa na edificação de um modelo que espelhe as preferências dos atores no entendimento do problema e na geração do conhecimento.

Possui, ainda nesse mister, três paradigmas básicos. A construção de um modelo personalizado que represente de forma autêntica os valores e preferências dos gestores envolvidos. O reconhecimento de que, ainda que haja convivência diária, os Conselheiros podem não deter determinados juízos de valor de forma límpida e objetiva e que esse processo reconheça tais limitações e venha em auxílio para construir um maior entendimento e adequá-los à elaboração do modelo. Finalmente, os objetivos da MCDA levam em conta não só preferências e convicções dos Conselheiros, mas também a influência *in locu*.

Não há espaço aqui, nesse artigo, para maior caracterização e uma consequente aplicação prática da MCDA, no caso de dosimetria da pena de multa no direito concorrencial brasileiro. O artigo se propôs tão somente a demonstrar como a jurisprudência do Cade é por demais variável e excessivamente discricionária. Acreditamos que esse propósito foi alcançado. No entanto, apontamos a MCDA como uma possível solução após seus resultados em outras áreas e outras problemáticas, tais como sociologia e ciência política. Cumpre salientar que a aplicação da MCDA revolve-se em torno de questionários respondidos por luminares e doutrinadores na área em questão, a partir de seus conhecimentos e preferências. A partir daí, formar-se-á um modelo de mensuração objetiva que resulta em alguma resposta.

Ilustremos esse pleito a partir de duas monografias de conclusão de curso da Ciência Política, ainda não publicadas, que obtiveram êxito nos campos de sociologia, gestão de políticas públicas e saúde. Referimo-nos das monografias: “Metodologia Multicritério de

Apoio à Decisão (MCDA) como critério de avaliação de projetos para a seleção de financiamento da Gerência DST/AIDS – DF” da autora Fabiany Maria Made e Vellasco e “Modelo de Avaliação para o Programa Escola Aberta – UNESCO utilizando a Metodologia de Multicritério de Apoio a Decisão – MCDA” do autor Fellipe Padovan Bontempo.

A primeira endereçou a demanda de avaliação de projetos para a seleção de financiamento da Gerência DST/AIDS. “A seleção de projetos de Organizações da Sociedade Civil com ações voltadas para DST e AIDS exige que diversos critérios sejam considerados no processo avaliativo”⁵⁷ levando em conta “a subjetividade dos decisores no momento da tomada de decisão”⁵⁸. A metodologia da monografia em pauta constituiu em avaliar:

os Projetos Vivendo com a AIDS, da Arco-Íris, e Oficinas da Transforme, da Transforme-DF. A avaliação permitiu a constatação do desempenho desses Projetos em cada ação potencial analisada, além de possibilitar a comparação entre os impactos local, parcial e global que cada um dos Projetos obteve. Assim, foi possível analisar quais os pontos satisfatórios ou não de cada Projeto apresentado. A Análise de Sensibilidade realizada comprovou a robustez do modelo construído. E ao final, comprovou-se que o modelo gerou conhecimento sobre o Programa e criou ferramentas capazes de subsidiar a tomada de decisão dos gestores da Gerência DST/AIDS – DF⁵⁹.

A segunda respondeu à necessidade de construção de “modelo de avaliação de desempenho do Programa Escola Aberta [UNESCO], sob a óptica construtivista, que auxilia os gestores a tomarem decisões utilizando como base as percepções e juízo de valor dos próprios decisores”⁶⁰. Concluiu o autor, com êxito em sua área:

que o método proposto tanto considerou os aspectos objetivos quanto os subjetivos no processo de monitoramento deste programa de políticas públicas voltado para a área educacional e de inclusão social. Como resultado, o método permite que os gestores do Programa agregassem maior conhecimento sobre o próprio Programa, tornando-os mais seguros para tomada de decisões⁶¹.

9. Conclusão e sugestão da MCDA

Ante o exposto, percebemos que por mais que a previsibilidade absoluta não seja possível, nem almejada, o fato permanece de que a dosimetria da pena de multa no Brasil é demasiadamente discricionária. Não há melhores padrões fixados como nos EUA e na União

⁵⁷“Resumo” em Vellasco, 2013: Resumo.

⁵⁸idem

⁵⁹idem

⁶⁰“Resumo” em Bontempo, 2013: Resumo

⁶¹idem

Europeia. E isso acaba levando, muitas vezes, a pena de multas menores do que aquelas que seriam mais próximas à pena ótima. Ou, ainda, a penas muito maiores levando à perda do caráter dissuasório da pena. Não obstante, a discricionariedade, como vimos, levou a uma total imprevisão jurisprudencial tanto da multa-base quanto do *quantum* de majoração ou minoração da mesma pelas atenuantes e agravantes. Ademais, aduziu-se, na pesquisa de Pinto e Boson, ao número elevado de julgados que não apenas não fundamentavam o critério de aplicação da multa, como também foram posteriormente revertidos no âmbito poder judiciário justamente pela falta de fundamentação.

De fato, o ponto nevrálgico que se critica na jurisprudência do Cade, ainda que considerados o movimento *avant-garde* da Conselheira Ana Frazão, é a ausência de parâmetros para a fixação de multa-base e do *quantum* de majoração e minoração da pena. Ao mesmo tempo, dificilmente alguém advogaria, e caso o fizesse estaria errado, que todos os incisos têm o mesmo peso. A ausência de boa-fé não é tão gravosa quanto a gravidade da infração, ou como vimos, talvez, o porte econômico da empresa.

Não nos propomos, como já argumentado, a rejeitar completamente a discricionariedade, pelo contrário, reconhecemos a importância da mesma, não só de acordo com as convicções do Conselheiro, mas também para conferir flexibilidade para análise do caso *in locu*. Ademais, não possuir um sistema rígido que confira apenas uma opção correta e inflexível é benéfico para a defesa da livre concorrência e da livre iniciativa.

A proposta centraliza-se no reconhecimento da necessidade de certa discricionariedade, mas também reconhece que há a importância fulcral de certos balizamentos que possam conferir um norte a ser seguido pelos aplicadores da Lei. Desse modo, acreditamos haver três tipos de mudanças, duas legislativas e outra metodológica.

A primeira seria uma mudança na própria lei, seja por emenda seja por nova lei, que confira ou imponha certas balizas determinantes que expusessem um norte. No entanto, não acreditamos que essa solução, apesar de factível, mostre-se viável. O problema da dosimetria já era algo exposto e corrente nas críticas à lei antiga e o legislador nada fez. Ademais, a lei atual completou um ano de vigência recentemente, portanto, não é provável a criação de nova lei.

A segunda mudança, mais factível, seria uma emenda no Regimento Interno do Cade - Ricate prevendo máximos e mínimos, balizas, ou qualquer tipo de emenda que tivesse o condão de balizar a aplicação da pena de multa. Acreditamos, do mesmo modo, que a probabilidade é muito baixa. O histórico de aplicação discricionária deixou muito ampliada a noção e a definição dos tipos concorrenciais. *Prima facie*, tem-se que o cartel é a conduta

mais nociva. Mas quanto mais nociva? Quais das agravantes e atenuantes são mais importantes ou deveriam ter prioridade na aplicação? Esses tipos de questionamentos tornam problemática uma definição do *quantum* de pena base ou de aumento e redução de pena.

A terceira solução seria a MCDA. De fato, a necessidade é que se imponham balizas à aplicação e não um entrave que determine uma única solução rígida retirando a discricionariedade.

Das três soluções propugnadas, acreditamos útil descartar a superveniência de nova lei. A estruturação de um “resultado” ou da utilização de um modelo de MCDA pré-pronto *in caso*, por determinação do Ricade, não fere a competência legislativa da Câmara e do Senado porque não impõe um valor fixo, condições que o legislador, ainda que pudesse ter determinado, não estipulou. O questionário, então, ou modelo, seria voltado a balizar ou nortear o direcionamento da dosimetria. Apesar de matemático, como já discutido, é extremamente subjetivo, varia com as preferências e conceitos arraigados no arcabouço de cada luminar da área. A proposta, resumidamente, seria de juntar as respostas do maior número de Conselheiros, Ex-Conselheiros, doutrinadores e luminares da área de Direito da Concorrência, Direito Econômico e Economia, além de quaisquer áreas subjacentes, quanto possíveis. O resultante dessa colheita conceitual seria um modelo no qual seriam inseridas as informações relevantes de cada caso. O modelo em si é objetivo, afinal, é um modelo matemático, porém, o *input* e o *output* de informações são completamente subjetivos e específicos para cada caso, não constitui o modelo em apenas uma única resposta correta.

Os anseios do direito concorrencial acerca da dosimetria da pena de multa revolvem-se em torno de um equilíbrio entre uma aplicação discricionária, sem, no entanto, confundir-se com arbitrariedade, e casuístas dos processos em pauta e a previsibilidade e segurança jurídica. Estes parâmetros são aqueles os quais fundamentalmente deve se revestir qualquer sistema que imponha penas e julgue condutas. Da mesma forma, diante da possibilidade de revisão judicial das decisões administrativas do Cade, uma fundamentação cristalina e hígida de máculas preserva a competência deste Tribunal de julgar com propriedade livre da possibilidade de reversão por ausência de fundamentação. Com vistas a preservar a aplicação discricionária, sem, no entanto, esperar mudanças legislativas, estas improváveis e por demais morosas, expomos a possibilidade de utilização de uma metodologia que se disponha tão somente a orientar e balizar os conhecimentos, preferências e convicções subjetivas em um processo de mensuração objetivo.

10. Referências bibliográficas

Doutrina

BANA E COSTA, Carlos (1992). *Structuration, Construction et Exploitation d' un Modèle Multicritère d'Aide à la Decision*, Universidade Técnica de Lisboa, Tese de doutorado.

BANA E COSTA, Carlos/Vansnick, Jean-Claude (1997). “A Theoretical Framework for Measuring Attractiveness by Categorical Based Evaluation Technique”. In: João Climes (Ed.). *Multicriteria Analysis*. Berlin: Springer-Verlag, pp. 15-24.

BANA E COSTA, Carlos (1993). “Três Convicções Fundamentais na Prática do Apoio à Decisão”. *Pesquisa Operacional*, volume 13, número 1 (Sociedade Brasileira de Pesquisa Operacional), p. 9-20.

BONTEMPO, Fellipe P. (2013). *Modelo de Avaliação para o Programa Escola Aberta – UNESCO utilizando a Metodologia de Multicritério de Apoio a Decisão – MCDA*. Universidade de Brasília, Monografia de Conclusão de Curso em Ciência Política.

BOSON, Daniel (2012). *Sanções Por Formação De Cartel No Brasil*. Universidade Católica de Brasília, Dissertação de Mestrado em Direito

DOERR, Mark (2009). Not Guilty? Go To Jail. The Unconstitutionality Of Acquitted-Conduct Sentencing. *Columbia Human Rights Law Review*: Fall, 2009, 41, 235. Disponível em: <https://litigation-essentials.lexisnexis.com/webcd/app?action=DocumentDisplay&crawlid=1&doctype=cite&docid=41+Colum.+Human+Rights+L.+Rev.+235&srctype=smi&srcid=3B15&key=1314100b4986e1e326f33aa88614226f> Acesso em: 20 fev. 2013.

ENSSLIN, Leonardo/Montibeller, Gilberto/Noronha, Sandro (2001). *Apoio à Decisão: metodologias para estruturação de problemas e avaliação multicritério de alternativas*. Florianópolis: Insular.

GOMES, Carlos; GOMES, Luis (2002). *Tomada De Decisão Gerencial: Enfoque Multicritério*. São Paulo: Atlas.

HOVENKAMP, Herbert. (2005). *Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice*. St. Paul, Estados Unidos: Thomson West

KEENEY, Ralph (1996). *Value-Focused Thinking: A Path to Creative Decision making*. Cambridge: Harvard University Press.

PINTO, Gabriel M. (2010). *A dosimetria das multas impostas em resposta às infrações contra a ordem econômica: uma análise da lei de defesa da concorrência e de sua aplicação pelo Cade*. **PRÊMIO SEAE 5**, 2010, p. 81. Disponível em: http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/IVSEAE2009/Premio_2010/Est.1_Lugar_Tema_1-Gabriel_Moreira_Pinto_022EG.pdf. Acesso em: 20 fev. 2013.

QUIRINO, Marcelo (2002). *Incorporação das Relações de Subordinação na Matriz de Ordenação – Roberts em MCDA quando os Axiomas de Assimetria e Transitividade Negativa são Violados*. Universidade Federal de Santa Catarina, Tese de Doutorado em Engenharia de Produção.

ROBERTS, Fred (1984). “Three Representation Problems: Ordinal, Extensive, and Difference Measurement”. In: ROTA, Gian-Rota. *Encyclopedia of Mathematics and Its Applications. Measurement Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, volume 7, pp. 101-147.

ROY, Bernard. *About some Requirements to found a Selection of Alternatives on Pairwise Comparisons*. Communication presented at EURO IX – TMS XXVIII conference, July 6 – 8, Paris.

VELLASCO, Fabiany (2013). *Metodologia Multicritério de Apoio à Decisão (MCDA) como critério de avaliação de projetos para a seleção de financiamento da Gerência DST/AIDS – DF*. Universidade de Brasília, Monografia de Conclusão de Curso em Ciência Política.

Documentos Oficiais

BRASIL. **Lei 8884/1994**. Presidência da República. Promulgada em 30 de Novembro de 2012.

BRASIL. **Lei 12529/2011**. Presidência da República. Promulgada em 30 de Novembro de 2012.

DEPARTMENT OF JUSTICE (2011). Recidivism eliminated: cartel enforcement in the United States since 1999. *Georgetown Global Antitrust Enforcement Symposium*. Washington, EUA: 2011. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/speeches/275388.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2013.

EUROPEAN COMMISSION (2008). *White paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules*. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008DC0165:EN:NOT>. Acesso em: 20 fev. 2013.

EUROPEAN COMMISSION (1998). Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 15 (2) of Regulation n° 17 and Article 65 (5) of the ECSC Treaty. *Official Journal of the European Union*, C 9/3, 14 jan. 1998. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:1998:009:0003:0005:EN:PDF>>. Acesso em 08 abr. 2012.

EUROPEAN COMMISSION (2006). Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation. *Official Journal of the European Union*, C 210/2, 01 set. 2006. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:210:0002:0005:EN:PDF>>. Acesso em: 08 abr. 2012

UNITED STATES SENTENCING COMMISSION (2011). *2011 Federal Sentencing Guidelines Manual*. Estados Unidos. Disponível em: <http://www.ussc.gov/guidelines/2011_Guidelines/index.cfm>. Acesso em: 30 fev. 2013.

_____. (2012). *2012 Federal Sentencing Guidelines Manual*. Estados Unidos. Disponível em: http://ilc.fd.org/General Documents/2012_Guidelines_Manual_Full.pdf. Acesso em: 20 fev. 2013.

_____. *An Overview of the United States Sentencing Commission*, [s.d.]. Disponível em: <http://www.ussc.gov/About the Commission/Overview of the USSC/USSC Overview.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2013

Decisões

CADE, *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. PA n° 08000.015337/1994-48 (Cartel do Aço), ^a SO, 1/11/1999, Voto do Conselheiro Relator Mercio Felsky

_____. PA n° 08012.002127/2002-14 (Cartel das Britas), 383^a SO, 04/10/2006, Voto do Conselheiro Relator Luiz Carlos Thadeu Delome Prado

_____. PA n° 08012.004472/2000-16 (Cartel de Combustíveis Bauru), 17^a SO, 12/03/2013, Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão

_____. PA n° 08012.001003/2000-41 (Cartel de Combustíveis Londrina), 17^a SO, 12/03/2013, Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão

_____. PA n° 08700.000547/2008-95 17^a SO (Cartel de Combustíveis de Teresina), 06/03/2013, Voto do Conselheiro Relator Marcos Paulo Veríssimo E PA n° 08012.007301/2000-38 17^a SO (Cartel de Combustíveis de Teresina), 06/03/2013, Voto do Conselheiro Relator Marcos Paulo Veríssimo

_____. PA 08012.009888/2003-70 (Cartel dos Gases), 475^a SO, 22/09/2010, Voto do Conselheiro Relator Fernando de Magalhães Furlan

_____. PA n° 08012.004039/2001-68 (Cartel do Pão), 22^a SO, 28/05/2013, Voto da Conselheira Relatora Ana Frazão.

_____. PA nº 08012.004086/2000-21 373ª SO (Cartel dos Vergalhões de Aço), 23/09/2005, Voto do Conselheiro Relator Luiz Alberto Esteves Scaloppe

_____. PA nº 08012.001826/2003-10, 408ª SO (Cartel dos Vigilantes), 24/10/2007. Voto do Conselheiro Relator Abraham Benzaquem Sicsu

_____. PA nº 08012.006241/1997-03, SO (Cartel das Vitaminas), 07/10/2009. Voto do Conselheiro Relator Paulo Furquim de Azevedo

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (2004). *Blakely V. Washington: Certiorari to the Court of Appeals Washington (Syllabus)*. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/02-1632>. Acesso em: 1 out. 2013.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (2005). *United States V. Booker: Certiorari to the United States Court of Appeals for the Seventh Circuit (Syllabus)*. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/search/display.html?terms=sentencing&url=/supct/html/04-104.ZS.html>. Acesso em: 20 fev. 2013.

A política antitruste no Brasil e o combate a cartéis à luz do novo Cade

Erick Leonardo Freire Carvalho¹

RESUMO:

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade é uma autarquia federal que tem como objetivo a proteção da livre concorrência, um dos princípios constitucionais que norteiam a ordem econômica brasileira. Dentre as condutas anticompetitivas, o cartel é a mais grave lesão à concorrência, pois prejudica seriamente os consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis. O objetivo deste trabalho é analisar as consequências e procedimentos tomados para identificar e impor sanções à prática de cartel. Trata-se de uma pesquisa baseada em um levantamento bibliográfico complementado com pesquisa de campo no próprio Cade. Logo, pela observação dos aspectos mencionados, percebe-se que no campo prático, o Brasil considera o combate a cartéis uma prioridade absoluta e como reconhecimento de tal esforço, o Sistema Brasileiro de Defesa Econômica - SBDC é considerado, no âmbito internacional, como um órgão que tem se destacado nos últimos anos.

Palavras-Chave: Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Condutas anticompetitivas. Cartel, Livre concorrência, Sistema Brasileiro de Defesa Econômica.

ABSTRACT:

The Council for Economic Defence (CADE) is a government corporation whose purpose is protecting free competition, one of the constitutional principles that raise Brazilian Economy. Among all anticompetitive conducts, cartel is the most egregious violation of competition law, because it has a huge impact on consumers through getting the prices higher and limiting the supply, which becomes the goods and services more expensive or unavailable. This article aims to analyze the consequences and procedures used to identify and imposing penalties to cartel activity. This is an approach about the literature and field researches realized at CADE itself. Therefore, through the observation of mentioned aspects, it is possible to infer that Brazil considers combating cartels an absolute priority indeed and, as an acknowledgement of such effort, The Brazilian Competition Policy System (SBDC) has been detached worldwide in the last years.

Keywords: Administrative Council for Economic Defence, Anticompetitive conducts, Cartel, Free competition, Brazilian Competition Policy System.

JEL: K21- Antitrust Law

¹Aluno do 6º período do Curso de Direito da Faculdade Maurício de Nassau - FAP TERESINA. Participante do XXXIII Pincade. Pesquisador Iniciante no Núcleo Acadêmico de Pesquisas em Política, Estado e Direito "Cláudio Pacheco" - NAPPEDIC e Instituto de Pesquisa Maurício de Nassau - IPMN. E-mail: erickleonardofreire@hotmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Breve levantamento histórico do direito concorrencial 3. Cartel como a mais grave lesão à concorrência 4. Combate a cartéis: prioridade absoluta 4.1. Cartéis em licitações 4.2. Cartéis em sindicatos e associações de classe 4.3. Cartéis na revenda de combustíveis 4.4. Programa de leniência 5. À guisa de conclusão 6. Referências bibliográficas Anexo I

1. Introdução

Percebe-se que nas sociedades modernas o desenvolvimento sustentável destaca-se como a maior preocupação das políticas. No âmbito econômico, a defesa da competitividade é a ferramenta que permite a sustentabilidade dos mercados. As políticas antitrustes têm merecido reconhecimento internacional como um dos instrumentos de política econômica indispensáveis para garantir a competitividade das economias².

A defesa da concorrência preocupa-se com o bom funcionamento do mercado. Ao se assegurar a livre concorrência, garantem-se não somente os preços mais baixos, mas também produtos de melhor qualidade, diversificação e inovação, aumentando, portanto, o bem estar do consumidor e o desenvolvimento econômico.

O Sistema Brasileiro de Defesa Econômica - SBDC é responsável pela promoção de uma economia competitiva, por meio da prevenção e da repressão de ações que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência no Brasil, sendo sua atuação orientada pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

A Constituição Federal é o topo da pirâmide normativa brasileira e o fundamento de validade e orientação de todo o ordenamento pátrio.

A Carta Magna consagra, no Título VII: Da ordem econômica, em seu Capítulo I, os princípios gerais da atividade econômica, entre os quais ressalta, no artigo 170, inciso IV, o princípio da livre concorrência.

Acontece que essa livre iniciativa não representa uma liberdade total como aquela que marcou as ideias liberais de Adam Smith³, pois na mesma linha, a Carta Mãe dispõe que a lei

²MONTEIRO, Carmen Diva. *Sobre a política antitruste no Brasil e seus aspectos críticos*. Dez. 2002. Disponível em: < http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/textos_artigos/2002-1/6-antitrustpolicyiniinfrastructureservicesadevelopingcountryerspective>. Acesso em: 06. Jan. 2013.

³SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. *Novos rumos do Direito Empresarial brasileiro: a Lei nº 12.529/2011 e a defesa da concorrência*. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3141, 6 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21030>>. Acesso em: 7 fev. 2013.

reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados e à eliminação da ampla concorrência⁴.

Neste esteio, a Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira antissocial. Cabe, então, ao Estado coibir este abuso⁵.

A Lei n. 12.529/11 criou um novo sistema logístico para o SBDC. Tal sistema é composto pelo Cade e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – Seae, que funciona como órgão consultivo.

Após a aprovação da nova lei, verificou-se uma preocupação especial no combate aos cartéis. Dentre as mudanças, percebeu-se também que foram adotadas medidas para melhorar a alocação dos recursos disponíveis, acelerar e dar publicidade às investigações, como por exemplo, os acordos de cooperação com a Polícia Federal, celebração de acordos com Ministérios Públicos Federais e Estaduais, celebração de acordo com o Tribunal de Contas da União; criação do dia nacional de combate aos cartéis “8 de outubro”, aumento das ações pedagógicas e acordos de cooperações com outros órgãos de controle, como por exemplo a Agência Nacional de Energia Elétrica e a Agência Nacional de Aviação Civil⁶.

Pode-se citar como exemplo de conduta antitruste a adoção uniforme de preços, produção, comercialização e frequência de bens e serviços; divisão de mercados; limitação do acesso de novas empresas ao mercado; criação de dificuldade ao desenvolvimento de concorrente; combinação de preços; política comercial discriminatória, recusa de venda, dentre outras.

Com a passagem da *vacatio legis*⁷ da nova lei, advieram várias inovações que permitiram ao Cade reparar procedimentos que não eram totalmente eficazes, como por exemplo, a inspeção, que não carece mais de mandado judicial; a requisição de informações de quaisquer pessoas físicas ou jurídicas, autoridades e entidades públicas e privadas; a requisição de vista e cópia de processos judiciais, administrativos e inquéritos criminais.

Além das alterações nas penalidades existentes, também se criaram novas penalidades, como por exemplo, proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica pelo prazo de até cinco anos; multa de R\$ 1.000,00 até R\$ 20.000,00 por

⁴PAGANELLA, Marco Aurélio. *A Constituição, o princípio da livre concorrência e o sistema de mercado dual ou misto*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 222, 15 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4823>>. Acesso em: 7 fev. 2013.

⁵SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 876.

⁶Cartilha SDE sobre a *Defesa da Concorrência no Judiciário*. Coleção SDE/DPDE, 03/2009.

⁷Espaço de tempo entre uma norma ser aprovada e entrar em vigor.

disseminação indevida de informações acerca de empresas por funcionários públicos ou prestadores de serviço do Cade/Seae e multa de R\$ 5.000,00 a R\$ 5 milhões para falsificação de informações, documentos ou declarações prestadas ao Cade/Seae.

Foram enviadas em média 4 mil cartilhas, versando a respeito do combate à prática de cartéis, para inúmeras associações e sindicatos do Brasil⁸.

O Poder Judiciário e demais entes essenciais à administração da Justiça protagonizam papel fundamental para garantir a promoção da concorrência no Brasil. Desde as investigações de condutas anticompetitivas até as execuções das multas e das determinações do Cade, o Poder Judiciário está diretamente envolvido, e é crescente o número de casos judicializados⁹. Por exemplo, em 1995 houve apenas duas ações propostas contra decisões do Cade, em 2008, o número aumentou para 102 ações, já em 2012 a taxa de judicialização disparou para 166 demandas¹⁰.

Destarte, é necessário breve explanação a respeito da judicialização prematura da ação em trâmite no Cade. A ação judicial anterior ao julgamento do Cade retarda a apreciação da matéria pelo seu Plenário, o que compromete a efetividade do Tribunal no cumprimento de sua missão.

Neste contexto, a atuação do Cade no combate ao cartel será o objeto de análise do presente *paper*, buscar-se-á primeiramente, elucidar o contexto histórico-legislativo que instituiu a autarquia, a sua definição, assim como sua forma de atuação a partir da nova lei. Posteriormente, à luz da atual política antitruste, analisar-se-ão os esforços do Cade para identificar e impor sanções pela prática cartesiana, assim como a tipificação penal, sanções e classificação de tal conduta.

Diante de tantos questionamentos em relação à nova legislação Antitruste, e devido a pouca quantidade de bibliografia específica a respeito do combate ao cartel, é de suma importância a produção científica sobre o tema, através da qual, se venha alcançar uma conclusão objetiva, acerca do impacto da referida lei.

O artigo foi desenvolvido a partir de uma análise crítica do material bibliográfico e documental, associado à pesquisa direta na Coordenação de Cartel da Superintendência-Geral do Cade.

⁸Cartilha SDE sobre a *Defesa da Concorrência no Judiciário*. Coleção SDE/DPDE, 03/2009.

⁹Cartilha SDE sobre a *Defesa da Concorrência no Judiciário*. Coleção SDE/DPDE, 03/2009.

¹⁰CADE. *Balanço Consolidado de 2012 apresentado na XXXIII Edição do PinCADE*. Jan. 2013.

2. Breve levantamento histórico do direito concorrencial

O Brasil possui um rico e peculiar histórico da política concorrencial. A era moderna da política antitruste iniciou-se nos anos 90, no contexto da transição do país para uma economia de mercado. Após a II Guerra Mundial, as políticas econômicas do Brasil foram caracterizadas pela profunda interferência estatal. Os preços eram controlados pelo Estado, e havia de certa forma uma cooperação entre as empresas privadas e o ente governamental. Em 1962 foi promulgada a primeira lei da concorrência no Brasil, trata da Lei nº 4.1362/62, criou consequentemente o Cade, com a competência de eliminar o abuso do poder econômico que gere qualquer tipo de anticoncorrencialidade¹¹.

Em 1990, o presidente promoveu uma série de reformas legislativas, incluindo a privatização, liberação dos preços e regulação do mercado. Em 1994 foi adotado o plano Real e aprovada a Lei nº 8.884/94, denominada de Lei da Defesa da Concorrência.

A Lei da Concorrência promulgada na época, em 1994, logo ganhou reputação, e suas decisões refletiram-se na política da concorrência. Os procedimentos eram realizados por três instituições independentes, que coordenavam de forma pouco eficiente. Destaca-se que na época foi dada uma maior atenção aos atos de concentração, os quais não representavam uma grande ameaça à concorrência. Pouca atenção foi dada ao combate a cartéis, que consiste na conduta de maior impacto e no mercado¹².

As deficiências supramencionadas foram corrigidas em 2010, através da modificação da legislação antitruste, incluindo o Brasil no rol internacional de combate ao cartel.

Com a entrada em vigor da nova Lei nº 12.529/2011, foi reestruturado o SBDC na composição da política de defesa da concorrência, no rito do processo administrativo e na tipificação dos atos de infração contra a ordem econômica, entre outros aspectos¹³.

A tabela 1 faz uma síntese da evolução legal da matéria antitruste no Brasil, desde o Decreto-Lei de 18/11/1938, que estabeleceu na legislação pátria a repressão ao abuso do poder econômico, até a Lei n. 12.529/11, que é fruto de uma vasta evolução histórica e política do controle econômico.

¹¹CADE. *Peer Review Report—OCDE*. 2010. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?15151719e726e6431e3f>>. Acesso em: 23 jan. 2013.

¹²CADE. *Peer Review Report—OCDE*. 2010. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?15151719e726e6431e3f>>. Acesso em: 23 jan. 2013.

¹³CARDOSO, Oscar Valente. A nova estrutura do Cade no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência da Lei n. 12.529/11. *Jus Navigandi*. Teresina, ano, n. 3271, 15 jun. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22026>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

BASE CONSTITUCIONAL	LEGISLAÇÃO	DATA	EMENTA	OBSERVAÇÕES
CF/1937, Art. 141	Decreto-Lei, n. 869	18/11/1938	Define os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego.	Nasceu para reprimir o abuso do poder econômico e proteger o interesse do consumidor.
CF 1937	Decreto-Lei n. 7.666	22/06/1945	Dispõe sobre atos contrários à ordem moral e econômica.	Conhecido como “Lei Malária”. Cria a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (Cade).
CF/1946	Lei n. 1.521	26/12/1951	Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular.	Conhecida como “Lei de Economia Popular”. Contém dispositivos antitruste.
CF/1946	Lei n. 1.522	26/12/1951	Autoriza o Governo Federal a intervir no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo.	Contém dispositivos antitruste. O órgão executor da lei é a Comissão Federal de Abastecimento e Preços (COFAP).
CF/1946, Art. 148	Lei n. 4.137	10/09/1962	Regula a repressão ao abuso do poder econômico.	Criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).
CF/1946, Art. 146	Lei Delegada n. 4	26/09/1962	Dispõe sobre a intervenção no Domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo.	-
CF/1946, Art. 146	Lei Delegada n. 5	26/09/1962	Organiza a Superintendência Nacional do Abastecimento (SUNAB), e dá outras providências.	Cria a SUNAB como autarquia federal.
CF/1946	Decreto-Lei n. 52.025	20/05/1963	Aprova o regulamento da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, que regula a repressão ao abuso do poder econômico.	Regulamenta a Lei nº 4.137.
CF/1967	Decreto n. 63.196	29/08/1968	Dispõe sobre o sistema regulador de preços no mercado interno e dá outras providências.	Conselho Interministerial de Preços (CIP).
EC nº1/1969	Decreto-Lei n. 92.323	23/01/1986	Aprova o Regulamento da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, que disciplina a repressão ao abuso do poder econômico.	Revoga DL nº 52.025 e regulamenta a Lei nº 4.137.
CF/1988	Decreto n. 99.244	10/05/1990	Dispõe sobre a reorganização e o funcionamento dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.	Cria a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE).
CF/1988	Lei n. 8.137	27/12/1990	Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.	-
CF/1988	Lei n. 8.158	09/01/1991	Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências.	-
CF/1988, Art. 170 e 173	Lei n. 8.884 “Lei Antitruste”	11/06/1994	Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras	Configura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), composto pela Secretaria de Acompanhamento

			providências.	Econômico do Ministério da Fazenda (Seae), Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE) e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça.
CF/1988	Lei n. 9.021	30/03/1995	Dispõe sobre a implementação da autarquia Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), criada pela Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e dá outras providências.	Permite que a Seae investigue possíveis violações à lei de concorrência.
CF/1988	Lei n. 9.069	29/06/1995	Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL, e dá outras providências.	Altera a Lei nº 8.884/94.
CF/1988	Lei n. 9.069	29/06/1995	Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL, e dá outras providências.	Altera a Lei nº 8.884/94.
CF/1988	Lei n. 9.470	10/07/1997	Acrescenta parágrafo 5º ao art. 4º da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e dá outras providências.	-
CF/1988	Lei n. 10.149	21/12/2000	Altera e acrescenta dispositivos à Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade em autarquia, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, e dá outras providências.	Cria programa de leniência e aumenta poderes de investigação da SDE e Seae.
CF/1988	Lei n. 12.529/11	30/11/2011	Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; e outras providências.	Amplia as competências do Cade, altera os tipos e valores das multas, dentre outras mudanças.

Tabela 1: Legislação Antitruste no Brasil ¹⁴

Percebe-se que na Tabela 1 a evolução da legislação antitruste transcorre simultânea e paralelamente ao crescimento do Estado liberal, atualmente globalizado e desenvolvido, na qual reflete, logicamente, no âmbito financeiro empresarial.

3. Cartel como a mais grave lesão à concorrência

¹⁴ Homepages institucionais: Cade <<http://www.cade.gov.br>>, SDE/MJ <<http://www.fazenda.gov.br/sde>>, e Seae/MF <<http://www.fazenda.gov.br/seae>>; Base de Dados do Senado Federal <<http://www.senado.gov.br/legbras>>; Informações de Forgioni (1998) e Oliveira (1998).

O cartel é tido como uma conduta praticada por particulares que se reúnem com o intuito de sustar a livre concorrência ou restringi-la e embaraçar a liberdade de escolha do consumidor, ocasionando um atraso no setor cartelizado, uma vez que não há concorrentes e a vontade de inovar torna-se cada vez mais imprópria, já que a presença de um mercado consumidor efetivo e presente garante os lucros desses empresários.

Os cartéis constituem, assim, um dano não apenas para os adquirentes prejudicados, como também para a economia como um todo, porque a defesa da concorrência é matéria de direito público, uma vez que a lógica capitalista encontra uma de suas bases a disputa entre os agentes econômicos.¹⁵

No viés economicista, o cartel é definido como “um agrupamento de empresas que procura limitar a ação das forças da livre concorrência, para estabelecer um preço comum e/ou alcançar uma maximização conjunta dos lucros”¹⁶.

De acordo com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, o cartel possui características favoráveis para sua dispersão que, segundo a Resolução n. 20/1999¹⁷ do referido órgão, são:

Deve existir um alto grau de concentração de mercado, ou seja, um oligopólio; Seria inviável a formação de um cartel num universo de muitas empresas; Deve haver barreira à entrada de novos competidores, pois, se não há, ou se são de pequeno porte, outros concorrentes podem desestabilizar o conluio, frustrando os objetivos do cartel; Pressupostos inarredáveis também o são a homogeneidade de produtos e custos, bem como condições estáveis de custos e demanda.

Para que a conduta seja caracterizada como anticoncorrencial é necessário que haja uma grande concentração de empresas do ramo envolvidas no acordo e que este pacto traga impactos negativos ao mercado.

Araújo¹⁸, durante o 2º Encontro de Estratégia de Combate à Cartéis, relata algumas experiências das autoridades administrativas, das quais merecem atenção:

¹⁵TEIXEIRA, Osvaldo de Freitas. *Cartel como forma de abuso do poder econômico*. Jus Societas, v. 3, p. 83, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://revista.ulbrajp.edu.br/ojs/index.php/jussocietas/article/viewFile/15/453>>. Acesso em 16 fev. 2013.

¹⁶MORCILLO, Francisco Morchón; TROSTER, Roberto Luís. *Introdução à economia*. São Paulo: Makroon Books, 1994, p. 161.

¹⁷BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Resolução n. 20, de 9 de jun. de 1999*. Dispõe, de forma complementar, sobre o processo administrativo. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2020,%20de%209%20de%20junho%20de%201999.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2013.

¹⁸ARAÚJO, Mariana Tavares de. *Relatório do 2º encontro de estratégia nacional de combate a cartéis*. Suplemento eletrônico da Revista do IBRAC. Ano I, Número 4. Jun. 2010. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Uploads/PDF/Suplemento%20da%20Revista%20do%20IBRAC%20Ano%201%20n%204.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2013.

- A competição é saudável. Quando ela não existe, além do sobrepreço, causa prejuízo ao Estado;
- Cartel é crime desde 1990, com pena de 2 a 5 anos de reclusão, além da infração administrativa;
- A partir de 2003 passou-se a priorizar o combate a cartéis, havendo a aproximação ou parceria da esfera administrativa com a criminal;
- Principal técnica investigativa de cartel é o acordo de leniência, espécie de delação premiada (delação concorrencial);
- O Brasil faz parte, há dez anos, de uma rede virtual de autoridades que defendem a concorrência, a International Competition Network - ICN. Uma pesquisa realizada com 46 países pela ICN demonstrou que há vários países que estão criminalizando a conduta do cartel e outros que estão com projetos de lei em andamento;

E continua:

- Multas aplicadas pela comissão europeia em quatro anos excederam a 9.75 bilhões de euros;
- Nos EUA alguns acordos de cartéis: 80% dos indivíduos investigados cumpriram pena privativa de liberdade em 2009, multas criminais foram superiores a um milhão de reais por indivíduo em 2009;
- Registro de pelo menos 251 pessoas investigadas criminalmente no Brasil atualmente;
- O Brasil é considerado o país que mais avança no combate aos cartéis;
- O cartel é o mais grave ilícito concorrencial. Lesão direta aos consumidores;
- Furtar um real de um milhão de pessoas é tão grave quanto furtar um milhão de reais de uma só pessoa;

No Brasil, no plano internacional, a partir da nova lei, têm-se combatido fortemente as condutas anticoncorrenciais e o acordo de leniência, espécie de delação premiada, que será esmiuçada posteriormente.

4. Combate a cartéis: prioridade absoluta

As atividades do Cade resumem-se em duas: controle de estruturas (preventivo), para analisar atos de concentração e controle de condutas (repressivo), para reprimir condutas anticompetitivas, da qual se inclui o combate ao cartel. A tipificação legal está disposta nos artigos 4 e 36, parágrafo 3, inciso I e II, da Lei n. 12.529/11.

O cartel é um acordo explícito ou implícito entre concorrentes para fixação de preços ou quotas de produção, divisão de clientes e de mercados de atuação. Cartéis são considerados a mais grave lesão à concorrência porque prejudicam seriamente os consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis.

Ao limitar a concorrência, os membros de um cartel também prejudicam a inovação, impedindo que novos produtos e processos produtivos surjam no mercado. Cartéis resultam

em perda de bem-estar do consumidor e, no longo prazo, perda de competitividade da economia como um todo. Segundo estimativas da organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, os cartéis geram um sobrepreço estimado entre 10 e 20% comparado ao preço em um mercado competitivo, causando prejuízos de centenas de bilhões de reais aos consumidores anualmente¹⁹.

As provas no cartel podem ser diretas e indiretas. As provas diretas são quaisquer evidências que demonstrem a existência de acordo formal entre os concorrentes, tais como: escutas telefônicas, atas de assembleia ou reunião, declaração de participante acerca de participação a respeito de acordo ou reunião sobre ocorrência de cartel, e-mails trocados entre concorrentes, mensagens de texto de celulares, etc. Contudo, as provas indiretas são quaisquer evidências que contrariem a ordem normal de um mercado, cuja explicação não pode ser outra a não ser a de um cartel, tais como: aumento de preço verificado em curto espaço de tempo ou logo após reunião entre concorrentes, padrões suspeitos em licitações, etc.

As sanções aplicadas a empresas ou grupos de empresas condenadas com tal prática são multas de 0,1% a 20% do faturamento bruto da empresa, do grupo ou do conglomerado no ramo de atividade empresarial da infração no ano anterior ao do início do processo; a multa para as pessoas físicas (administrador), condenado por culpa ou dolo, é de 10 a 20% da aplicada a empresa e demais pessoas físicas, jurídicas, entes despersonalizados, associações e sindicatos, que não exerçam atividade empresarial e não possuem faturamento, a multa é de 50 mil a 2 bilhões de reais. Além da proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e de participar de licitações por no mínimo cinco anos, cisão da sociedade, transferência de controle, venda de ativos ou cessação parcial de atividades, proibição de exercer comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica por até 5 anos, entre qualquer outra medida que seja necessária para a eliminação dos efeitos nocivos à concorrência²⁰.

Acerca da classificação do cartel, a doutrina elenca algumas espécies, tais como os cartéis *hard-core*²¹, cartéis clássicos ou institucionalizados, cartéis *soft-core*²², cartéis difusos ou não institucionalizados, influência em conduta uniforme, auxílio/convite a cartelizar, cartéis em licitações, cartéis em sindicatos e associações, em revenda de combustíveis, dentre outras.

A seguir, estudar-se-ão algumas espécies de cartéis.

¹⁹Cartilha SDE sobre o *Combate aos cartéis em licitações*. Coleção SDE/DPDE, 03/2009.

²⁰Cartilha SDE sobre o *Combate aos cartéis em licitações*. Coleção SDE/DPDE, 03/2009.

²¹Cartéis intrinsecamente nocivos à ordem econômica.

²²Cartéis difusos ou não institucionalizados.

4.1. Cartéis em licitações

As licitações são um ambiente propício à atuação dos cartéis, que podem agir de várias formas, como por exemplo, fixando preços entre concorrentes com a finalidade de que as propostas fiquem abaixo de um preço-base, definindo quem irá vencer determinados certames ou uma série de processos licitatórios, dividindo um conjunto de licitações entre membros do cartel, suprimindo propostas, apresentando propostas com valores altos ou com objetivo de direcionar a licitação para um concorrente especial, fazendo rodízio de entre os vencedores de uma licitação específica e subcontratando os participantes desistentes pelo participante vencedor.

Em muitos cartéis, mais de uma dessas formas de atuar podem estar presentes, para dar a impressão de efetiva concorrência. De qualquer forma, o resultado é sempre o aumento dos preços pagos pela Administração Pública e a consequente transferência ilegítima de recursos para os membros do cartel²³.

Neste contexto, o Cade, através da Superintendência-Geral, informou no dia 14 de fevereiro de 2013, a abertura de um processo administrativo para investigar suspeita de cartel em licitações feitas por órgãos públicos no Distrito Federal para contratação de serviço terceirizado na área de tecnologia da informação – TI²⁴. Ressalta-se a condenação de outros casos de cartéis em licitações, como por exemplo, o caso Rio Madeira, o cartel das britas e o cartel dos vigilantes.

4.2. Cartéis em sindicatos e associações de classe

Os sindicatos e associações podem representar membros de uma ou mais indústrias. Estes órgãos são de fundamental importância para o desenvolvimento da economia, pois permitem o debate de temas de interesse coletivo, como por exemplo, preocupações ambientais e trabalhistas.

Por vezes, contudo, os sindicatos e associações de classe extrapolam suas funções institucionais e acabam por coordenar e/ou influenciar acordos entre seus associados no

²³Cartilha SDE sobre o *Combate aos cartéis em licitações*. Coleção SDE/DPDE, 03/2009.

²⁴AMATO, Fábio. *Cade investiga suposto cartel em licitação para serviço de TI*. G1 Economia e Negócios. 14 fev. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2013/02/cade-investiga-suposto-cartel-em-licitacao-para-servico-de-ti.html>>. Acesso em: 16 fev. 2013.

sentido de uniformizar condutas comerciais. Os maiores riscos de violação à Lei de Defesa da Concorrência estão naquelas entidades que congregam concorrentes como seus associados²⁵.

Ilícitos concorrenciais ocorrem quando os sindicatos e associações se tornam fóruns para que concorrentes mantenham acordos ou troquem informações sobre preços, clientes, áreas de atuação, forma de venda, planos de negócio e participação em licitações. Além disso, sindicatos e associações podem contribuir com mecanismos de auditoria e monitoramento do cumprimento do acordo. Tais práticas infringem a lei antitruste pátria e prejudicam gravemente o consumidor.

Dentre os julgados do Cade, relata-se as seguintes condenações da prática de cartel: o caso do Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo - Sindipedras e o cartel das britas, a Associação dos Portos de Areia do Noroeste do Paraná – APA e o cartel da areia (em trâmite), a Associação das Autoescolas de Campinas, o caso do Sindicavir, a Associação dos Tradutores e o caso da Associação Brasileira das Agências de Viagem.

4.3. Cartéis na revenda de combustíveis

Até o início da década de 90, o mercado de revenda de derivados do petróleo encontrava fortes restrições. A rígida regulamentação na época inibia a entrada de novos investidores nesses setores. Diante desta situação, em 1990, o Governo Federal diminuiu gradativamente o controle sobre estas atividades. Em 2001 a comercialização foi totalmente liberada e, com a economia de mercado, os empresários puderam estipular seus preços de acordo com seus custos e suas estratégias de vendas²⁶.

O mercado de combustíveis possui as seguintes características: homogeneidade do produto com relativa diferenciação locacional e de marca, presença de barreiras à entrada de novos ofertantes, inexistência de bens substitutos próximos, existência de demanda atomizada, painéis com os preços na entrada do estabelecimento e a atuação ativa por parte de sindicatos.

Analisando-as, percebe-se que tais características facilitam a formação de cartel, acarretando em homogeneidade de preços e prejudicando, conseqüentemente, os consumidores.

²⁵Cartilha SDE sobre o *Combate a cartéis em sindicatos e associações*. Coleção SDE/DPDE, 03/2009.

²⁶Cartilha SDE sobre o *Combate a cartéis em sindicatos e associações*. Coleção SDE/DPDE, 03/2009.

Madruga²⁷, durante o 2º Encontro de Estratégia de Combate a Cartéis, explora ainda mais o setor de combustíveis, examinando os procedimentos investigatórios, como se percebe:

- CARTEL: descobrir se há acordo ou não, no setor de combustíveis, preços iguais ou parecidos não são indícios, por si só, de existência de cartel, pois decorrem das características deste mercado; pulverização de agentes, produto homogêneo, transparência de preços e custos semelhantes. É o que se dá, principalmente, em pequenas cidades, isso dificulta a detecção de existência de cartel;
- Limite investigativo da SDE (atualmente incorporado ao Cade): lei 8.884/94: SDE possui poderes para utilizar as seguintes ferramentas de investigação para detectar cartéis: (1) programa de leniência; (2) busca e apreensão, via AGU – mas, como se disse, no setor de combustíveis não basta a existência de preços iguais; (3) inspeção (empresa deve ser notificada com 24h de antecedência); (4) tomada de depoimentos; (5) encaminhamento de ofícios para requisitar documentos e informações;
- Histórico de condenações do Cade: 2004 – Revenda de combustíveis de Recife (PE), aplicação de multa; 2003 – Revenda de combustíveis de Florianópolis (SC), foi utilizada interceptação telefônica, comprovando o ajuste, aplicação de multa;

Tratando dos meios de provas que determinaram as condenações, da dificuldade de investigação e das limitações legais das autoridades administrativas, o Dr. Madruga continua:

- Provas consideradas pelo Cade: (1) Recife: atas do sindicato; (2) Lages: interceptação telefônica; (3) Belo Horizonte: gravação audiovisual de reunião no sindicato, eles não sabiam que a imprensa estava lá e ajustaram a reunião para tratar de preço; (4) Goiânia: termo de depoimento do presidente do sindicato; (5) Florianópolis: interceptação telefônica;
- De dois anos pra cá se tornou mais difícil administrativamente se investigar os cartéis. As pessoas não estão mais colocando no papel (nas atas de reunião), de modo que se faz necessário adotar medidas invasivas da privacidade, a exemplo da interceptação telefônica e ambiental, para se detectar os cartéis: João Pessoa (2008) – STJ anulou a interceptação telefônica; Londrina (2010); Belo Horizonte (2010); Cuiabá (pendente de decisão judicial); Caxias do Sul (aguardando provas – interceptação); Vitória 9juiz não deferiu compartilhamento de provas com a SDE – interceptação);
- Limitações legais das autoridades administrativas para produção de provas (não podem interceptar, por exemplo); investigação criminal cada vez mais necessária para que haja repressão por parte das autoridades administrativas. Os cartelistas estão em constante evolução, sempre buscando técnicas novas para ajustar os preços e evitar a ação das autoridades.

A mera análise dos preços é, por si só, superficial, não sendo suficiente para a instauração de um processo administrativo. A investigação deve ser aprofundada para que seja obtida um mister de provas que comprovem a combinação de preços.

²⁷MADRUGA, Ravvi Augusto de Abeu C.. *Relatório do 2º encontro de estratégia nacional de combate a cartéis*. Suplemento eletrônico da Revista do IBRAC. Ano I, Número 4. Jun. 2010. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Uploads/PDF/Suplemento%20da%20Revista%20do%20IBRAC%20Ano%201%20n%204.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2013.

4.4. Programa de leniência

Dada à dificuldade de investigação das condutas cartelistas, como já foi mencionada anteriormente, a cooperação dos participantes do ato anticoncorrencial facilita a condenação das demais. Por esse motivo, países tais como Alemanha, Japão, Portugal, União Europeia e o Brasil adotam o programa de leniência.

O programa foi introduzido na Lei de Defesa da Concorrência, em 2000. E o Cade é o órgão demarcado para negociar e conceder o acordo de leniência. O artigo 86 da Lei antitruste vigente permite ao Cade fechar acordos com pessoas físicas e jurídicas.

O primeiro caso intercorreu à Secretaria de Defesa Econômica - SDE (atualmente integrado ao Cade), em 2003, após a abertura de investigação a uma comunidade empresarial. Até o ano de 2012, 33 acordos de leniência foram celebrados, além das solicitações em andamento²⁸. A tabela 4 expõe a quantidade de acordos de leniência/ano.

Presente na atual legislação antitruste, a Lei n. 12.529/11 reconhece que é do interesse dos cidadãos brasileiros conceder benefícios para aquele participante que queira por fim na conduta e cooperar de forma plena com as autoridades, de modo a permitir a condenação dos demais participantes do cartel. Acentua-se que o interesse em punir todas as empresas/indivíduos participantes do cartel é maior do que a extinção da punibilidade de um único participante²⁹.

ANO	QUANTIDADE DE ACORDOS FECHADOS
2003	1
2004	1
2005	1
2006	4
2007	1
2008	2
2009	4
2010	8
2011	1
2012	12
TOTAL	33*

Tabela 4: Acordos de leniência celebrados pelo Cade por ano³⁰

* Além dos acordos em andamento.

²⁸BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Programa de Intercâmbio do Cade – Pincade. *Palestra: Nova lei de defesa da concorrência brasileira*. Jan. 2013. Disponível em: <http://www.cade.gov.br:8080/pincade/includes/conteudo/Arquivos/bibliobasica/Apresentacao_PinCADE_Ticia na.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2013.

²⁹Cartilha SDE sobre o *Combate a cartéis e programas de leniência*. Coleção SDE/DPDE, 03/2009.

³⁰BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Programa de Intercâmbio do Cade – Pincade. *Palestra: Nova lei de defesa da concorrência brasileira*. Jan. 2013. Disponível em: <http://www.cade.gov.br:8080/pincade/includes/conteudo/Arquivos/bibliobasica/Apresentacao_PinCADE_Ticia na.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2013.

5. À guisa de conclusão

O Brasil possui um rico e peculiar histórico da política concorrencial. Os avanços na legislação pátria são conhecidos no âmbito internacional como uma das mais complexas e avançadas entre as demais e o Departamento de Justiça dos Estados Unidos afirmou que o Brasil é o país que mais tem se destacado nos últimos anos³¹.

A Lei Antitruste brasileira, Lei n. 12.529/11, está amparada pela constitucionalidade, por pleitear a defesa da ordem econômica, reprimindo infrações que atentem contra a liberdade de iniciativa e a livre concorrência.

O Sistema Brasileiro de Defesa Econômica é composto pela Comissão Administrativa de Defesa Econômica e a Secretaria de Acompanhamento Econômico - Seae do Ministério da Fazenda.

A atuação positiva do Cade no combate a condutas anticompetitivas é confirmada nesse trabalho, através da elucidação dos procedimentos, objetivos da autarquia, jurisprudências e números crescentes de processos julgados com êxito.

O poder de um cartel de restringir a concorrência traz prejuízos também á inovação, por impedir que outros concorrentes aprimorem seus processos evolutivos e lancem novos e melhores produtos no mercado. O Brasil, desde 2003, considera o combate a cartéis uma prioridade absoluta.

Neste sentido, propõe-se, neste trabalho que a prioridade dada atualmente ao cartel deva ser mantida e ampliada, pois na era capitalista em que se vive, a busca por lucros, através de preços exorbitantes e dominação de mercados, é curso habitual da comunidade empresarial.

6. Referencias bibliográficas

AMATO, Fábio. *Cade investiga suposto cartel em licitação para serviço de TI*. G1 Economia e Negócios. 14 fev. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2013/02/cade-investiga-suposto-cartel-em-licitacao-para-servico-de-ti.html>>. Acesso em: 16 fev. 2013.

ANDRADE, Maria Cecília. *Controle das condutas na Lei n. 12.529/11, o que muda?* 29 out. 2012. Disponível em:

³¹Cartilha SDE sobre o *Combate a cartéis e programas de leniência*. Coleção SDE/DPDE, 03/2009.

<<http://www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/5SeminarioBH/PALESTRAS/Maria%20Cecilia%20Andrade.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2013.

ARAÚJO, Mariana Tavares de. *Relatório do 2º encontro de estratégia nacional de combate a cartéis*. Suplemento eletrônico da Revista do IBRAC. Ano I, Número 4. Jun. 2010. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Uploads/PDF/Suplemento%20da%20Revista%20do%20IBRAC%20Ano%201%20n%204.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2013.

BRASIL, República Federativa do. *Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011*. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a repressão e prevenção às infrações contra a ordem econômica e altera legislações. Diário Oficial da União, Seção 1, Página 1.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Programa de Intercâmbio do Cade – PinCADE. *Palestra: Nova lei de defesa da concorrência brasileira*. Jan. 2013. Disponível em: <http://www.cade.gov.br:8080/pincade/includes/conteudo/Arquivos/bibliobasica/Apresentacao_PinCADE_Ticia na.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2013.

_____. *Resolução n. 20, de 9 de jun. de 1999*. Dispõe, de forma complementar, sobre o processo administrativo. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2020,%20de%209%20de%20junho%20de%201999.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2013.

_____. *Balanco Consolidado de 2012 apresentado na XXXIII Edição do PinCADE*. Jan. 2013.

_____. *Peer Review Report–OCDE*. 2010. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?15151719e726e6431e3f>>. Acesso em: 23 jan. 2013.

CARDOSO, Oscar Valente. A nova estrutura do Cade no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência da Lei n. 12.529/11. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 17, n. 3271, 15 jun. 2012.

SDE, Secretaria de Direito Econômico. Cartilha SDE sobre a *Defesa da Concorrência no Judiciário*. Coleção SDE/DPDE, 03/2009.

_____. Cartilha SDE sobre o *Combate a cartéis e programas de leniência*. Coleção SDE/DPDE, 03/2009.

_____. Cartilha SDE sobre o *Combate a cartéis em sindicatos e associações*. Coleção SDE/DPDE, 03/2009.

_____. Cartilha SDE sobre o *Combate aos cartéis em licitações*. Coleção SDE/DPDE, 03/2009.

Homepages institucionais: Cade <<http://www.cade.gov.br>>, SDE/MJ <<http://www.fazenda.gov.br/sde>>, e SEAE/MF <<http://www.fazenda.gov.br/seae>>; *Base de Dados do Senado Federal*. Disponível em: <<http://wwwwt.senado.gov.br/legbras>>; Informações de Forgioni (1998) e Oliveira (1998).

MADRUGA, Ravvi Augusto de Abeu C.. *Relatório do 2º encontro de estratégia nacional de combate a cartéis*. Suplemento eletrônico da Revista do IBRAC. Ano I, Número 4. Jun. 2010. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Uploads/PDF/Suplemento%20da%20Revista%20do%20IBRAC%20Ano%201%20n%204.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2013.

MONTEIRO, Carmen Diva. *Sobre a política antitruste no Brasil e seus aspectos críticos*. Dez. 2002. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/textos_artigos/2002-1/6-antitrustpolicyininfrastructurestudiesdevelopingcountryerspective>. Acesso em: 06. Jan. 2013.

MORCILLO, Francisco Morchón; TROSTER, Roberto Luís. *Introdução à economia*. São Paulo: Makroon Books, 1994, p. 161.

PAGANELLA, Marco Aurélio. A Constituição, o princípio da livre concorrência e o sistema de mercado dual ou misto. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 222, 15 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4823>>. Acesso em: 7 fev. 2013.

SALES, Fernando Augusto de Vita Borges de. Novos rumos do Direito Empresarial brasileiro: a Lei nº 12.529/2011 e a defesa da concorrência. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 17, n. 3141, 6 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21030>>. Acesso em: 7 fev. 2013.

SEAE/MF <<http://www.fazenda.gov.br/seae>>; *Base de Dados do Senado Federal*

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. P. 876.

TEIXEIRA, Osvaldo de Freitas. *Cartel como forma de abuso do poder econômico*. *Jus Societas*, v. 3, p. 83, n. 1, 2009. Disponível em: <<http://revista.ulbrajp.edu.br/ojs/index.php/jussocietas/article/viewFile/15/453>>. Acesso em 16 fev. 2013.

Bibliografia consultada:

CUSTÓDIO, Antonio Joaquim Ferreira. Concentração econômica. O artigo 54 da Lei Antitruste e a Constituição Federal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 13, n. 1890, 3 set. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/11673>>. Acesso em: 18 fev. 2013.

FREITAS, Gabriela Oliveira. *A livre concorrência e os ilícitos concorrenciais*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6977>. Acesso em: 17 jan. 2013.

LARA, Alexandre. *Defesa da concorrência: análise de mercado, práticas desleais e posição dominante*. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAAMKAAI/defesa-concorrencia-analise-mercado-praticas-desleais-posicao-dominante>>. Acesso em: 18 jan. 2013.

MARTINS, Amanda Athayde Linhares. *Prova indireta de cartel no âmbito das associações: comportamento paralelo consciente e plus factors*. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/viewFile/3/Prova%20indireta%20de%20cartel%20no%20%C3%A2mbito%20das%20associa%C3%A7%C3%B5es%3A%20comportamento%20paralelo%20e%20plus%20factors>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

MECELIS, Adriana. A proteção da ordem econômica e a defesa da concorrência. Aspectos históricos, constitucionais e legais da atuação do Cade. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2924, 4 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19470>>. Acesso em: 18 fev. 2013.

_____. *Atuação do Cade na Defesa da Concorrência – LEI nº 8.884/93*. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 08 Jun. 2011. Disponível em: <www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-administrativo/186351>. Acesso em: 18 Fev. 2013.

PAGANELLA, Marco Aurélio. *A Constituição, o princípio da livre concorrência e o sistema de mercado dual ou misto*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 222, 15 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4823>>. Acesso em: 18 fev. 2013.

PANIZZA, Nathalia Brito. *A nova lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: principais alterações concernentes ao CADE*. Disponível em: <<http://conteudojuridico.com.br/artigo,a-nova-lei-do-sistema-brasileiro-de-defesa-da-concorrencia-principais-alteracoes-concernentes-ao-cade,37095.html>>. Acesso em: 18 jan. 2013.

RIZZO, Guilherme Franzen. *A nova Lei de Defesa da Concorrência brasileira - Lei nº 12.529/11*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 3094, 21 dez. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/20688>>. Acesso em: 18 fev. 2013.

ANEXO I

PENALIDADES	LEI N. 8884/ LEI N. 8137	LEI N. 12.529
Para pessoas físicas ou jurídicas, de direito público ou privado, bem como associações de entidades, ou pessoas constituídas de fato ou de direito, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial	De 6.000 UFIR a 6.000.000 Ufir	De R\$ 50.000 a R\$ 2 bilhões
Para a empresa	De 1 a 30% do faturamento bruto	De 0,1 a 20% do faturamento bruto restrito ao ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração
Para os administradores direta ou indiretamente envolvidos	De 1 a 50% da multa aplicada à empresa	De 1 a 20% da multa aplicada à empresa, quando comprovada culpa ou dolo
Penalidades criminais	Multa ou prisão de 2 a 5 anos	Multa e prisão de 2 a 5 anos

Tabela 3: Comparação das penalidades entre a Lei n. 8.884/8.137 e a Lei n. 12.529

JULGAMENTOS ENCERRADOS	JULGAMENTOS EM ANDAMENTO
Cartel dos Gases Industriais (2010): condenação em R\$ 2,3 bilhões	Programa Nacional de Dragagens
União Brasileira de Avicultores (2010): TCC (R\$ 850 mil)	Mercado de leitores de discos ópticos (ODD).
Frigoríficos (2009): TCC (R\$ 13,7 milhões)	Mercado de produtos plásticos (ABS, PS, AS e PMMA)
Mercado de areia lavada (2008): multas entre 17.5% e 22.5% do faturamento	Mercado de embalagens flexíveis;
Cartel GLP (2008): multa de 1% do faturamento	Mercado de cimento e concreto;
Vitaminas (2007): multas entre R\$ 847 mil e R\$ 12.1 milhões	Mercado de Transporte de Cargas Aéreas;
Britas (2005): multas entre 15% a 20% do faturamento	ECAD (acusação de cartel e abuso de posição dominante entre associações);
Revenda de Combustíveis em Florianópolis (2003): multa de R\$ 55.000,00 para o Sindicato	Monitores de LCD (acusação de cartel);
Aço (1998): 1% do faturamento	Suco de Laranja Concentrado e Congelado (acusação de cartel);
Programa de exclusividade “Tô contigo” da AMBEV (2009): condenação em R\$ 325 milhões	Gasol/BR Distribuidora (acusação de abuso de posição dominante);
Rio Madeira (2007): TCC	Mercado de Cloro
Rede de Distribuidora Exclusiva da Microsoft (2004): multas entre 7% a 10% do faturamento	Metrô de São Paulo
-	Transformadores (GIS, AIS e outros equipamentos)

Tabela 3: Principais julgados do Cade finalizados e em andamento (2012)

Gun Jumping e troca de informações sensíveis entre concorrentes com o controle prévio de estruturas do SBDC

Carolina Saito¹

RESUMO

Este texto analisa a doutrina e a jurisprudência internacionais sobre consumação de operações antes da decisão final da autoridade antitruste (*gun jumping*) no novo sistema brasileiro de análise prévia de atos de concentração. Dentre os atos de consumação, avalia a troca de informações concorrencialmente sensíveis, quais informações são consideradas como concorrencialmente sensíveis e não devem ser trocadas por empresas envolvidas em uma operação, para evitar-se, além do *gun jumping*, a facilitação de coordenação entre empresas concorrentes.

Palavras-chave: *Gun jumping*, Troca de informação, Concorrencialmente sensível, Análise prévia, *diligence*, Concorrência.

Código de classificação JEL: K10, K21, K42, L14, L41, M10

ABSTRACT

This paper analyzes the international doctrine and case law on the consummation of transactions before a final decision from the antitrust authority (*gun jumping*) in the new Brazilian pre merger notification system. Among the acts of consummation, it evaluates the exchange of competitively sensitive information, which pieces of information are considered as competitively sensitive and shall not be exchanged among companies which are part of a transaction, in order to avoid, besides *gun jumping*, the practice of facilitating coordination among competitors.

Keywords: *Gun jumping*, Exchange of information, Sensitive information, Pre-merger control, Due diligence, Competition, Antitrust.

¹Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Integrante da equipe da PUC-SP que participou do Seventeenth Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, competição internacional de arbitragem realizada em Viena. Estudou na Hagen Waldorfschule, na Alemanha. Pós-graduanda em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas – GVLaw.

1. Introdução 2. *GUN JUMPING* 2.1. Conceito de Gun Jumping 2.2. Consumação da operação 3. Troca de informações concorrentialmente sensíveis 3.1. Troca de informações entre empresas no contexto de uma operação 3.2. Informações concorrentialmente sensíveis 4. Sanções 5. Conclusão 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

O processo de negociação de uma operação, necessariamente, envolve bastante comunicação e coordenação entre as partes, visando alcançar o quanto antes as sinergias decorrentes da operação. Para as operações de notificação prévia obrigatória às autoridades antitruste, as partes, no início da operação, são entidades econômicas distintas e devem permanecer assim até que haja decisão final da autoridade antitruste sobre a operação.

Os primeiros passos de uma negociação envolvem o compartilhamento de informações, alocação de negócios, análise de riscos, planejamento, bem como as negociações específicas dos termos e condições do próprio contrato da operação, incluindo o preço. Todo esse processo de negociação exige a realização de *due dilligence* para identificar os pontos fortes e fracos do objeto da operação, por meio da análise dos documentos da empresa objeto da operação.

Em geral, o próprio contrato da operação prevê como as partes devem se comportar entre a assinatura do contrato e a concretização da operação. Essa prática, porém, é vista com mais clareza nos contratos celebrados em países cuja notificação prévia das operações às autoridades antitruste já existe há algum tempo, como nos Estados Unidos e na Europa. Dessa forma, o presente artigo busca estabelecidos parâmetros para a previsão nos contratos celebrados no Brasil sobre o comportamento das empresas até a decisão da autoridade antitruste.

No Brasil, a notificação prévia de atos de concentração foi implementada recentemente, por meio da nova lei de defesa da concorrência (Lei 12.529/2011). Conseqüentemente, a análise a ser realizada pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) sobre os impactos da operação no mercado brasileiro passou a ser feita antes de sua consumação, sendo necessário manter as empresas nela envolvidas como entes separados, até que a autoridade antitruste profira decisão, evitando-se, assim, a prática de *gun jumping*.

Em avaliação feita pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)² em 2011, ano anterior à entrada em vigor da Lei 12.529/2011, o tempo médio de análise de atos de concentração pela autoridade antitruste foi de 154 dias. Já em 2012, sob as regras da nova lei, foram aprovadas 250 operações, que representam 95% dos atos de concentração notificados ao SBDC, e o tempo médio de análise foi de 25 dias.

Após um ano de vigência da nova lei, verifica-se que o SBDC já está adaptado ao novo sistema de análise prévia de atos de concentração, preparado para analisar as operações de forma célere, sem que isso interfira na dinâmica da economia nacional. Ainda não há, entretanto, uma orientação clara sobre como as empresas devem comportar-se até que autoridade antitruste profira decisão, ou até a própria consumação da operação.

Considerando que a nova lei de defesa da concorrência estabelece que as empresas envolvidas na operação notificada ao SBDC devam continuar como dois entes distintos até a decisão final da autoridade, torna-se essencial que elas, entre outros pontos, conheçam seus limites de atuação, ou seja, até onde podem planejar sua atuação conjunta pós-operação, quais os limites para a troca de informações entre si e que tipo de ações se podem considerar como consumação da operação.

Este artigo objetiva analisar e compreender os limites que as partes de operações de notificação obrigatória ao SBDC devem observar no período de negociação de uma operação e até decisão final da autoridade antitruste. Considerando que apenas um caso foi analisado pelo SBDC acerca da prática de *gun jumping*, o presente artigo busca também trazer os entendimentos das autoridades antitruste internacionais sobre o assunto, a fim de orientar a comunidade antitruste brasileira sobre *gun jumping*.

Serão detalhadas tanto as ações a serem evitadas pelas empresas, para que não haja consumação da operação, como aquelas consideradas como troca de informações concorrencialmente sensíveis, as quais, além de configurarem coordenação passível de enquadramento na conduta de *gun jumping*, podem ser consideradas como facilitador de coordenação entre concorrentes. A troca de informações concorrencialmente sensíveis como prática de *gun jumping*, por ser tema pouco tratado pela jurisprudência do SBDC, será apresentado com mais detalhes em capítulo separado da análise feita sobre a prática de *gun jumping*.

²Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?59ec3dcc24f90e15e16fc191a6aa>>. Acesso em: 08 de junho de 2013.

2. Gun Jumping

2.1. Conceito de Gun Jumping

A prática denominada pelos norte-americanos como *gun jumping* ou *jumping the gun*, que se poderia traduzir como “precipitar-se”, ou seja, as partes envolvidas em uma operação não devem coordenar sua atuação antes que haja a decisão da autoridade antitruste, ou até a desistência da operação³. Dessa forma, espera-se que as empresas mantenham-se como entidades econômicas distintas até que haja decisão final da autoridade antitruste ou desistência da operação pelas partes.

Entende-se que o momento inicial para se considerar a prática de *gun jumping* não pode ser a notificação da operação às autoridades antitruste, visto que as partes podem se coordenar antes que o contrato a ser notificado às autoridades contenha os elementos essenciais de uma notificação.

Com base no conceito acima, conclui-se que a prática de *gun jumping* engloba a notificação tardia, ou seja, prática em que as empresas notificam a autoridade antitruste em momento posterior à concretização da operação. Trata-se da situação em que há maior coordenação entre as empresas, visto que já concretizaram a operação como um todo.

A análise da prática de *gun jumping* resulta na intersecção entre a função preventiva e a corretiva da autoridade antitruste, pois há a análise de uma violação concorrencial dentro do contexto da análise de atos de concentração. Ao analisar a prática de *gun jumping*, a autoridade antitruste brasileira, como as demais autoridades que utilizam a notificação prévia, tenta evitar que as empresas envolvidas na operação venham a atuar de tal forma, que se tornem um único ente, o que é vedado pela legislação nacional, conforme dispõe o Regimento Interno do Cade (Ridade):

Art. 108, § 2º. **As partes deverão manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a apreciação final do Cade**, sendo vedadas, inclusive, quaisquer transferências de ativos e qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes. (g.n.)

Esse tema entrou na agenda da autoridade antitruste brasileira com a implementação do sistema de análise prévia de atos de concentração. No sistema anterior, em que a análise de

³ABA Section of Antitrust Law, *Premerger Coordination: The Emerging Law of Gun Jumping and Information Exchange* (2006)

atos de concentração se dava *a posteriori*, as operações que atingissem os requisitos legais e fossem consideradas como atos de concentração econômica passíveis de análise pelo SBDC passavam a ser obrigatoriamente notificáveis após a consumação da operação. Dessa forma, a prática de *gun jumping* não era preocupação da autoridade, pois a consumação da operação antes da análise do SBDC era autorizada pela antiga lei de defesa da concorrência, e não considerada como uma violação.

Ao incluir a prática de *gun jumping* em sua agenda, a autoridade antitruste demonstra preocupação com o fato de que as empresas envolvidas na operação atuem de forma a diminuir a concorrência no mercado antes da decisão final da autoridade. Essa preocupação faz sentido em qualquer cenário, ou seja, independentemente de ser a decisão da autoridade pela aprovação ou reprovação da operação, também havendo preocupação nos casos em que as empresas venham a desistir da operação, em vez de concretizá-la.

A restrição da autoridade antitruste quanto à consumação da operação refere-se a todas as operações de notificação obrigatória, seja entre concorrentes, seja entre empresas verticalmente integradas, seja mesmo entre empresas que não tenham qualquer tipo de relação. Por mais que a restrição abarque todos os tipos de operação, a real preocupação da autoridade é com as operações entre empresas concorrentes, que podem resultar em coordenação entre si ou em troca de informações concorrencialmente sensíveis.

Por mais que essa preocupação da autoridade antitruste seja totalmente válida e compreensível, é importante lembrar que diversas formas de coordenação entre empresas envolvidas em uma operação não apenas são lícitas, como também essenciais para que a operação se concretize e tenha sucesso após sua consumação. Por esse motivo, é necessário esclarecer os limites de atuação das empresas envolvidas em um ato de concentração econômica, para que estejam cientes dos cuidados que devem tomar, a fim de não concretizarem antecipadamente a operação, bem como não obterem antecipadamente eficiências decorrentes desta. Além disso, é necessário indicar os limites e cuidados necessários quando da troca de informações concorrencialmente sensíveis entre elas⁴.

Não é tarefa fácil definir padrões antitruste para orientar as empresas envolvidas em operações passíveis de notificação ao SBDC, sobre como devem comportar-se até a decisão final da autoridade, ou até a consumação da operação, para se evitar qualquer efeito

⁴BLUMENTHAL, William. **The Rhetoric of Gun-Jumping**. Remarks before the Association of Corporate Counsel in the Annual Antitrust Seminar of Greater New York Chapter: Key Developments in Antitrust for Corporate Counsel. Nova Iorque, 10 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/speeches/blumenthal/20051110gunjumping.pdf>> .Acesso em: 08 de junho de 2013.

anticompetitivo. Por um lado, as empresas que estão notificando o ato de concentração ainda não são uma entidade única e devem manter-se assim até decisão final da autoridade. Por outro lado, elas se munem de interesse comum legítimo para se coordenarem, o que não seria esperado, a não ser no contexto da operação em si.

Em pesquisa feita pela empresa de auditoria *PriceWaterhouseCoopers*⁵ com 125 empresas, a maioria delas localizada nos Estados Unidos da América (EUA), concluiu-se que as empresas que se movimentaram para integrar os ativos e comunicar seus funcionários sobre uma nova operação de forma mais rápida do que seu tempo normal de atividade, consideraram suas operações de maior sucesso e com mais ganhos em todas as dimensões do que as empresas que se moveram em um ritmo mais lento do que o normal de sua atividade. Em conclusão, as empresas de consultoria entenderam que, para se chegar a uma operação de sucesso, são necessários, principalmente, planejamento e velocidade.

Por esse motivo, despontam como essenciais a compreensão e a orientação sobre os limites do que pode ser praticado por empresas envolvidas em uma operação, bem como as medidas que elas podem adotar para evitar a prática de *gun jumping* e a troca de informações concorrencialmente sensíveis entre si. Ao mesmo tempo, é necessário balizar e apresentar soluções, para que certos atos essenciais ao andamento da operação e ao planejamento pós-operação sejam praticados, a fim de que as empresas obtenham o máximo das eficiências decorrentes da operação.

2.2. Consumo da operação

A prática de *gun jumping* decorre da combinação prematura das diversas atividades do dia a dia das empresas, o que as leva, por consequência, a operar como se fossem um único ente. As jurisprudências americana e europeia em matéria de direito concorrencial influenciam os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais brasileiros. Dessa forma, serão analisados casos de *gun jumping* analisadas pelas autoridades dessas jurisdições.

Nos EUA, os principais casos concernentes à prática de *gun jumping* foram encerrados por acordos, sem que houvesse uma confirmação clara do que se pode considerar como *gun jumping*.

⁵PAUTLER, Paul A. **The Effects of Mergers and Post-Merger Integration: A review of Business Consulting Literature**. 21 de janeiro de 2003. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/be/rt/businessreviewpaper.pdf>>. Acesso em: 08 de junho de 2013. Descrevendo pesquisa de 1998 da *PriceWaterhouseCoopers* às fls. 27-28.

Os casos iniciados pela autoridade norte-americana, todavia, formam um bom parâmetro para as empresas acerca do que se pode considerar como consumação precipitada da operação. Em geral, se, em determinado momento, muitos passos já foram dados pela empresa compradora, por meio de acesso a informações confidenciais e de controle sobre decisões fundamentais do negócio da vendedora, pode-se concluir que a operação já está sendo concretizada (BLUMENTHAL, 2005).

Nem todas as ações geralmente praticadas antes da consumação da operação são essenciais à manutenção da operação ou ao seu sucesso pós-consumação. Por esse motivo, é necessário um rol de cautelas, para evitar a configuração de *gun jumping*. Para detalhar quais são essas cautelas, elencam-se abaixo as principais ações que levam à consumação da operação e, assim, não devem ser praticadas por empresas envolvidas em atos de concentração de notificação obrigatória a autoridades antitruste.

Os casos analisados pela Comissão Europeia são em menor número⁶ e tratam apenas da prática de notificação tardia que, conforme explicado acima, está dentro do conceito de *gun jumping*. Por tratar de negociação tardia, os casos analisados pela Comissão Europeia não trazem muita discussão sobre atos que configuram *gun jumping*, visto que as operações notificadas tardiamente foram concretizadas por inteiro antes da notificação. Já no Brasil, houve apenas um caso julgado que trata da prática de *gun jumping* e, assim como nos EUA, foi encerrado em acordo⁷.

Com base apenas nos entendimentos dos EUA e do Brasil, visto que os casos da Comissão Europeia tratam de notificação tardia e as operações já haviam sido concretizadas por inteiro, não havendo discussão sobre quais atos seriam considerados como concretização prematura da operação, as ações que se podem considerar como consumação de uma operação e que normalmente são praticadas por empresas envolvidas em operações são as seguintes:

i. Alocação de clientes:

Nos casos *Computer Associates e Platinum*⁸ (COMPUTER ASSOCIATES (2002)), *Gemstar e TV-Guide*⁹ (GEMSTAR – TV GUIDE (2003)), houve consumação antecipada da operação, em decorrência da alocação de clientes entre as empresas envolvidas.

⁶Case IV/M.920 – Samsung/AST, julgado em fevereiro de 1998 (SAMSUNG 1998), Case IV/M.969 - A.P. Moller, julgado em fevereiro de 1999 (AP MOLLER 1999) e Case COMP/M.4994 – Electrabel/Compagnie Nationale du Rhone, julgado em junho de 2009 (ELECTRABEL 2009).

⁷Ato de Concentração n. 08700.005775/2013-19. Requerentes: OGX Petróleo e Gás S.A. e Petróleo Brasileiro S.A., julgado em 26 de julho de 2013 (OGX 2013).

⁸ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **District Court for the District of Columbia**. United States of America v. Computer Associates International, Inc. e Platinum Technology International, Inc., 2002.

No primeiro deles, COMPUTER ASSOCIATES (2002), todos os contratos celebrados entre a *Platinum* e seus clientes passaram a ser aprovados pela *Computer Associates* antes de haver qualquer decisão da autoridade antitruste sobre a operação, o que demonstra claramente que as empresas já estavam atuando como se fossem um único ente.

Já as empresas *Gemstar* e *TV-Guide* alocaram seus clientes, ao deixar de negociar uma com os clientes da outra, diminuindo, desse modo, a competição entre si antes que a autoridade antitruste se pronunciasse sobre a operação.

ii. Unificação de gestão:

Nos casos *Input/Output* e *Laitram*¹⁰ (INPUT/OUTPUT (1998)), *Arco* e *UCC*¹¹ (ARCO I (1990)), COMPUTER ASSOCIATES (2002), *Arco Seed* e *U.F. Genetics*¹² (ARCO II (1992)) e *Commonwealth* e *First American*¹³ (COMMONWEALTH (1998)), as empresas unificaram suas gestões antes da decisão da autoridade antitruste sobre a operação.

Há diversas hipóteses em que se pode considerar unificada a gestão das empresas. A ação mais clara é a verificada no caso ARCO II (1992), em que a empresa *U.F. Genetics* subscreveu 100% das ações da *Arco Seed* com direito a voto antes da decisão da autoridade antitruste, o que configura unificação de gestão das empresas, pois a *U.F. Genetics* passou a ter total controle sobre qualquer decisão da *Arco Seed*. Nesse mesmo caso, ação interessante que configurou a consumação da operação foi o pagamento da operação para adquirir as ações.

Outra ação clara ocorreu no caso COMMONWEALTH (1998), no qual a empresa *Commonwealth* mudou-se para o local físico da empresa *First American*, a demonstrar a unificação da gestão das empresas, que passaram a ser vistas como apenas um ente. Algo similar ocorreu no caso INPUT/OUTPUT (1998), em que, antes da decisão da autoridade antitruste sobre a operação, alguns executivos da empresa *DigiCOURSE*, subsidiária da *Laitram*, não apenas se mudaram para o escritório da *Input/Output*, mas também passaram a atuar em nome desta última, o que mostra ser clara a integração da operação e do pessoal das duas empresas.

⁹ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **District Court for the District of Columbia**. United States of America v. Gemstar-TV Guide International, Inc e TV Guide, Inc., 2003.

¹⁰ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **District Court for the District of Columbia**. United States of America v. Input/Output, Inc e The Laitram Corporation, 1998.

¹¹ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Trade Commission** (FTC). United States of America v. Atlantic Richfield Company e Union Carbide Corporation, 1990.

¹²ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **District Court for the District of Columbia**. United States of America v. Atlantic Richfield Company e U. F. Genetics Incorporation. 1992.

¹³ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Trade Commission** (FTC). United States of America v. Commonwealth Land Title Insurance Company e First American Title Insurance Company, 1998.

Já no caso ARCO I (1990), a empresa *Arco* passou a assumir diversas responsabilidades da *UCC*, inclusive se responsabilizando por qualquer prejuízo que esta pudesse sofrer, o que tipifica um ato de consumação da operação por unificação de gestão, já que a *Arco* passou a gerir parte da *UCC*. No caso COMPUTER ASSOCIATES (2002), como a empresa *Computer Associates* passou a ter controle sobre as decisões de preço da *Platinum* (o que também aconteceu no caso GEMSTAR – TV GUIDE (2003), no qual as empresas concordaram nos preços e termos a serem oferecidos a seus clientes antes da decisão da autoridade antitruste sobre a operação), verificou-se a unificação das gestões das empresas.

iii. Ações que alteram os incentivos entre os agentes do mercado:

Exemplo claro de ação que altera o incentivo entre os agentes ocorreu no caso COMPUTER ASSOCIATES (2002). Antes da operação, a empresa *Platinum* competia de forma agressiva com a *Computer Associates*. As empresas, porém, passaram a comportar-se de forma conjunta, equalizando seus contratos com seus clientes, por meio da prática de descontos idênticos e, conseqüentemente, diminuíram a competição entre si antes da decisão da autoridade antitruste.

No mesmo sentido, as restrições previstas no contrato entre as empresas *Qualcomm* e *Flarion*¹⁴, que restringiam a venda dos produtos da *Flarion*, foram vistas como problemáticas. Outra ação, que normalmente ocorre em operações, mas que ainda não foi objeto de análise em casos de *gun jumping*, é a comercialização de produtos da empresa adquirida por parte da empresa adquirente antes da decisão da autoridade antitruste. Há uma clara alteração dos incentivos não apenas das empresas envolvidas na operação, como também dos demais agentes do mercado, que passarão a considerar as duas empresas como um único agente e, provavelmente, alterarão sua atuação no mercado, tendo novos incentivos.

Além das hipóteses já analisadas pela autoridade antitruste norte-americana, outras situações que podem resultar em concretização da operação por diminuir os incentivos entre os agentes do mercado são a alteração da qualidade ou da quantidade de produção de uma das empresas, diminuição dos incentivos de campanhas de marketing, bem como demora ou desistência de lançamento de novos produtos.

iv. Unificação do exercício de poder dentro das empresas:

Sobre a unificação do exercício de poder, o caso ARCO II (1992) é o exemplo mais claro. Como já descrito, a empresa *U.F. Genetics* subscreveu 100% das ações com direito a

¹⁴ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **District Court for the District of Columbia**. United States of America v. Qualcomm Incorporated e Flarion Technologis, Inc., 2006.

voto da *Arco Seed* antes da decisão da autoridade antitruste sobre a operação. Por ter direito a voto, fica claro que a empresa *U.F. Genetics* passou a ter a possibilidade de exercer poder dentro da *Arco Seed*.

No caso *COMPUTER ASSOCIATES* (2002), ao opinar sobre os preços da *Platinum* e aprová-los, e ao determinar os termos dos contratos da *Platinum* com seus clientes, inclusive alterando os descontos que esta praticava e praticando exatamente as mesmas condições que utilizada nos contratos com os seus clientes, a *Computer Associates* passou a exercer o seu poder dentro da empresa *Platinum*.

Já no caso *COMMONWEALTH* (1998), não houve apenas influência de uma empresa sobre o contrato da outra com seus clientes, mas as duas empresas envolvidas na operação encerraram seus contratos e passaram a utilizar um novo contrato igual, o que demonstra a união do exercício de poder das duas empresas.

Por fim, no caso *Titan Wheel e Pirelli*¹⁵ (*TITAN WHEEL* (1996)), ao adquirir a planta da *Pirelli*, a empresa *Titan Wheel* passou a negociar com os funcionários daquela para terminar uma greve, o que pode ser entendido como unificação do exercício de poder das empresas, já que uma passou a ter influência sobre os funcionários da outra.

No caso *OGX* 2013, o Cade entendeu que a empresa *OGX*, na qualidade de compradora dos ativos da Petrobrás em contrato de concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, atuou como tomadora de decisões relacionadas ao objeto da concessão. De acordo com o Cade, os atos praticados prematuramente pela empresa eram operacionais, de administração ordinária, os quais configuram a prática de *gun jumping*, pois a *OGX* passou a atuar, prematuramente, como titular dos ativos adquiridos.

Outras situações comuns em operações, mas que ainda não foram objeto de análise da autoridade antitruste, são (i) a definição conjunta das empresas sobre a qualidade e a quantidade de produção da outra, e (ii) o caso de uma empresa deixar de realizar negócios com base em decisão da outra envolvida na operação. Ambas são hipóteses claras de unificação do exercício de poder entre as empresas.

v. Campanhas de marketing:

Ato que se verificou no caso *GEMSTAR – TV GUIDE* (2003) foi a progressiva diminuição de investimentos em campanhas de *marketing* por uma das empresas envolvidas

¹⁵ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **District Court for the District of Columbia**. United States of America v. Titan Wheel International, Inc. 1996.

na operação. Com essa diminuição de investimentos em *marketing* por uma das empresas, pode-se alcançar a diminuição da competitividade entre elas, o que não é desejado pelas autoridades antitruste antes de sua decisão sobre a operação.

vi. Atuação nos pontos de venda:

Algo que ainda não foi analisado por autoridades antitruste, mas que configura consumação de operação, é a atuação de uma das empresas nos pontos de venda da outra empresa envolvida na operação. Com o influxo sobre o canal de vendas da outra empresa envolvida na operação, tem-se a influência de uma empresa na outra, sendo algumas atitudes conjuntamente tomadas e, conseqüentemente, resultando na consumação da operação.

vii. Competitividade dos preços:

Houve uma redução clara da competitividade dos preços das empresas envolvidas nos casos COMPUTER ASSOCIATES (2002) e COMMONWEALTH (1998). No primeiro caso, a empresa *Computer Associates* passou a exigir da *Platinum* que esta oferecesse a seus clientes descontos semelhantes aos praticados por ela com seus clientes. Já no caso COMMONWEALTH (1998), as empresas envolvidas na operação passaram a utilizar contrato igual com seus clientes, também equalizando os preços praticados. Dessa forma, com os preços equalizados, reduziu-se a competitividade entre as empresas.

viii. Compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis:

Sobre a troca de informações concorrencialmente sensíveis, em primeiro lugar é importante destacar que, além de poder configurar prática de *gun jumping*, por levar as empresas a consolidarem a operação, a troca de informações entre concorrentes pode ser entendida como uma prática isolada. Nesse item, a troca de informações concorrencialmente sensíveis será tratada apenas como ato que leva à consumação da operação, e não como infração da ordem econômica por facilitar coordenação entre empresas, que será detalhado em outro capítulo desse artigo.

Nesse contexto, os seguintes casos estão relacionados à troca de informações que resultam na consumação da operação: COMPUTER ASSOCIATES (2002), GEMSTAR – TV GUIDE (2003), TITAN WHEEL (1996), INPUT/OUTPUT (1998) e no caso envolvendo as empresas *Insilco Corporation e Helmut Lingemann GmbH*¹⁶ (INSILCO (1998)).

¹⁶ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Federal Trade Commission** (FTC). *United States of America v. Insilco Corporation*. 1998.

3. Troca de informações concorrencialmente sensíveis

A troca de informações concorrencialmente sensíveis pode configurar ato de *gun jumping*, visto que as empresas terão acesso a informações que podem alterar as condições de mercado em decorrência do acesso a tais informações. Em todos os casos de *gun jumping* acima mencionados, as empresas tiveram acesso a informações concorrencialmente sensíveis – tais como preços, lista de clientes e consumidores, termos e condições oferecidos a clientes –, e, por terem acesso a tais informações, de alguma forma concretizaram prematuramente a operação.

Entendeu-se haver a consumação da operação após o acesso às informações concorrencialmente sensíveis, pois estas são informações relacionadas ao negócio das empresas e, conseqüentemente, são informações a que apenas aqueles diretamente envolvidos no negócio das empresas têm acesso. Tais informações têm potencialidade de coordenação entre empresas envolvidas em uma operação e, por isso, devem ser evitadas até a decisão da autoridade antitruste, para que não haja qualquer violação à ordem econômica.

A preocupação das autoridades antitruste com a troca de informações sensíveis entre concorrentes decorre, sobretudo, da possibilidade de colusão tácita ou explícita entre empresas, com o conseqüente aumento dos preços, em detrimento dos consumidores e em benefício apenas das empresas envolvidas na colusão. Além da configuração de *gun jumping*, quando trocadas no contexto de uma operação de notificação prévia, no Brasil, não se entende a troca de informações como uma violação da legislação antitruste, e sim como um instrumento que facilita e estimula condutas anticompetitivas, principalmente a colusão entre concorrentes.

A análise dos efeitos decorrentes da troca de informações sobre a concorrência dependerá tanto das características da informação em si, como das peculiaridades do mercado afetado pela troca. Em geral, as seguintes práticas relacionadas à troca de informações são consideradas como potenciais infrações à legislação concorrencial¹⁷: (i) a troca de informações entre concorrentes oriunda de um acordo, em vez de ação unilateral de uma das empresas; (ii) as comunicações privadas entre competidores sobre preços que não são públicos, em vez da disseminação pública de informações genéricas sobre preços; (iii) a troca de informações detalhadas sobre preços ou faturamentos atuais ou futuros, em vez de

¹⁷STUCKE, Maurice E. **Dysfunctional Discounts: Evaluating the risks of increased price transparency**. 19 Antitrust ABA 81.Spring, 2005.

informações antigas e agregadas; e (iv) a troca recorrente de informações entre empresas, em vez de uma ação única.

Por mais que exista o entendimento geral de que informações obtidas pelos meios acima mencionados são extremamente alarmantes, é importante fazer um balanço entre dois pontos, quando se analisam os riscos concorrenciais decorrentes dessa troca de informações. De um lado, qual a possibilidade de que a informação trocada promova eficiência no mercado, ou seja, quais os benefícios para o consumidor decorrentes da troca de informações; e de outro, qual a probabilidade de que a disseminação da informação facilite a colusão tácita entre as empresas (STUCKE, 2005).

Quanto às características do mercado afetado pela troca de informações, a preocupação central das autoridades se dá com mercados já conhecidos como suscetíveis à colusão entre concorrentes, ou seja: (i) *Mercados com produtos homogêneos*: A coordenação nesses tipos de mercado é mais fácil, pois a diferenciação entre as empresas decorre, principalmente, de seus custos e/ou capacidade de produção, sendo seus preços bastante semelhantes, o que facilita o monitoramento da colusão; (ii) *Mercados concentrados*: Mercados formados por um menor número de empresas tendem a ser mais facilmente atingidos por colusão do que os mercados não concentrados, quer porque é mais difícil alcançar um acordo quando há várias empresas envolvidas, quer porque quanto maior o número de empresas, menor será a parte de cada uma quando da divisão dos lucros decorrentes da colusão¹⁸; e (iii) *Mercados com altas barreiras à entrada*: A colusão é mais difícil de se sustentar em mercados nos quais haja baixas barreiras à entrada, pois qualquer tentativa de lucro da colusão poderia ser contestada por um novo entrante, além do fato de que a entrada de novos competidores dificulta a retaliação por trapaças de algum membro da colusão, o que é uma das pilstras de sua sustentabilidade (INVALIDI, JULLIEN, SEABRIGHT e TIROLE 2003).

3.1. Troca de informações entre empresas no contexto de uma operação

A troca de informações entre concorrentes pode ocorrer de diversas formas, como apresentado no item anterior. Este artigo, entretanto, dará enfoque principalmente à troca de

¹⁸INVALIDI, Marc, JULLIEN, Patrick Rey, SEABRIGHT, Paul, TIROLE, Jean. **The Economics of Tacit Collusion**. Final Report for DG Competition, European Commission. Março de 2003. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf>. Acesso em: 11 de junho de 2013.

informações concorrencialmente sensíveis no contexto das operações, de notificação obrigatória ou não, pois as empresas devem ter cautela em qualquer operação que envolva concorrentes, ou naquelas em que haja relação vertical entre as empresas. Tal preocupação decorre da possibilidade de a troca de informações concorrencialmente sensíveis poder configurar prática de *gun jumping*, ou, ainda, como prática de facilitação de coordenação entre empresas concorrentes.

A divisão de concorrência da *Federal Trade Commission* (“FTC”) já indicou que “no período compreendido entre o dia em que concordam em se fundir e até quando consumam sua operação, dois competidores são dois agentes econômicos separados, que estão vinculados às leis de defesa da concorrência”¹⁹. Esse entendimento também se reflete no artigo 108, § 2º, do Ridade, acima transcrito, a exigir que as partes se mantenham como entes totalmente separados até a decisão final do Cade sobre a operação.

Dessa forma, as explicações e considerações apresentadas a seguir têm como premissa que as empresas envolvidas em uma operação são entes distintos e, por isso, devem-se comportar como tal, mantendo a competição entre si.

Quando da análise de potencial operação, as empresas consideram diversos fatores, para chegarem a uma operação de sucesso e eficiente. Incluem-se aqui: (i) o planejamento do processo de integração; (ii) a determinação e a comunicação clara dos objetivos das empresas envolvidas na operação; (iii) a identificação da responsabilidade dos dirigentes e, ao mesmo tempo, a apresentação de incentivos para que continuem prestando um bom serviço, pois podem entender que, com a operação, serão demitidos; (iv) a definição rápida das áreas em que a operação resultará em lucros; a comunicação atualizada e rápida dos envolvidos na operação sobre todos os passos, incluindo funcionários e clientes; (v) a rápida integração do sistema; (vi) a atenção às questões culturais, que podem ser bastante diferentes entre uma empresa e outra; (vii) a manutenção de funcionários essenciais ao andamento das empresas; e, tão importante quanto os demais (viii) fatores, a manutenção da atividade de vendas das duas empresas, para evitar perda de mercado aos concorrentes. A importância de cada um desses fatores depende do tipo de operação, das partes envolvidas e do mercado afetado pela operação (BLUMENTHAL, 2005).

Nesse contexto de operações entre empresas, os principais fatores que podem levar à coordenação entre as empresas são a realização de *due diligence* e o planejamento da ação

¹⁹STEPTOE, Mary Lou. **Premerger Coordination/Information Exchange – FTC Competition Bureau Acting Director’s Views**. Remarks Before the ABA Section of Antitrust Law, 7 de abril de 1994.

conjunta das empresas no período pós-operação. A *due diligence* é necessária para garantir a fluidez e a integridade da empresa resultante da operação, após sua consumação. Como apresentado acima, tempo é fator importantíssimo para o sucesso de uma operação. Dessa forma, a rápida implementação de todas as ações que diminuem o tempo da operação e fazem com que as empresas alcancem os ganhos o quanto antes é de interesse delas. A elaboração de um plano de integração é comum a todas as operações, pois visa a obter rapidamente os ganhos delas decorrentes.

Por mais que a realização de *due diligence* e a elaboração de planejamentos de atuação conjunta sejam essenciais para o sucesso da operação, é necessário analisar os efeitos negativos que podem decorrer desses fatores. Ambos necessariamente envolvem troca de informações, que pode chegar a um nível de detalhamento que não seria comum entre empresas independentes e competidoras, muito menos desejável pela autoridade antitruste.

A autoridade antitruste tem três preocupações principais com a troca de informações concorrencialmente sensíveis no contexto de uma operação²⁰, sendo a primeira delas a simulação de negociações sobre uma operação pode ser utilizada para a prática de troca de informações comerciais confidenciais ou ainda para coordenação de atividades anticompetitivas.

A segunda preocupação da autoridade antitruste é a possibilidade de uma empresa pode entrar em negociação para obter informações confidenciais com fins predatórios, mesmo que a outra empresa entre na negociação de boa-fé. Por último, a autoridade preocupa-se com a troca de informações decorrente de discussões em negociações legítimas sobre uma operação pode levar à coordenação ou à obtenção de informações que façam com que a empresa decida aumentar seus preços, ao saber, por exemplo, que não precisava mantê-los tão baixos para ganhar mercado.

Importa destacar que, assim como as autoridades antitruste, as empresas envolvidas na operação têm incentivos para agir de maneira a preservar a troca de informações sensíveis, pois tais empresas, principalmente a parte vendedora, têm receio de que a excessiva divulgação de informação possa deixá-las vulneráveis a tentativas de contratação de funcionários importantes, captação de clientes, apropriação de *know how*, ou ainda possa levá-las a perder oportunidades de negócios (BLUMENTHAL, 2005).

²⁰MORSE, M. Howard. **Mergers and Aquisitions: Antitrust Limitations on Conduct Before Closing**. Reimpressão de *The Bussiness Lawyer*, vol. 57, n.4, Agosto de 2002, publicação de American Bar Association Section of Business Law.

O principal desafio deste artigo é identificar a melhor solução para que as empresas possam realizar *due diligence* e proceder ao planejamento da operação, sem que haja efeitos anticompetitivos. Para isso, é necessário avaliar quais ações podem ser realizadas pelas empresas envolvidas na operação antes de sua efetiva consumação, certo como é que, ainda que haja aprovação pelo Cade, elas são consideradas concorrentes até que se consuma a operação, não se podendo esquecer também que podem, por exemplo, desistir da operação e continuar competindo no mercado.

Há certas soluções usualmente utilizadas para evitar a troca de informações entre concorrentes, quando da realização de *due diligence* e do planejamento de atuação conjunta pós-operação. A primeira delas é a apresentação de informações agregadas e antigas, pois são informações com caráter menos sensível, que não relatam a realidade da empresa com detalhes, mas apenas lhe conferem uma visão geral.

Verifica-se também como solução a utilização dos chamados *clean teams*, com pessoas não ligadas à parte comercial das empresas nos times que farão a negociação da operação. Recentemente se verificou a utilização de *clean team* na operação entre as empresas Anhanguera e Kroton²¹. Além dos *clean teams*, utiliza-se também empresas terceirizadas para elaborar a *due diligence* e o planejamento pós-operação, tais como empresas independentes de auditoria. Por mais que esta seja uma opção cara, ela tem como benefício a possibilidade de detalhamento das informações das empresas, bem como de maior pormenorização do planejamento, sem qualquer risco anticoncorrencial.

Apesar de ser a cláusula de confidencialidade ser um mecanismo bastante reconhecido pela doutrina norte-americana como capaz de minimizar os riscos da utilização e da divulgação de informações sensíveis, já que restringe o uso da informação confidencial, como bem pontuado por Leonor Cordovil²², esse tipo de cláusula ou acordo autônomo pode ser considerado como documento que evidencia a prática de troca de informações concorrencialmente sensíveis entre as empresas. Por esse motivo, as cláusulas ou acordos de confidencialidade não evitam inteiramente o risco de violação antitruste, por mais que sejam importante mecanismo de cautela quando da troca de informações sensíveis.

Por fim, outra solução possível é aguardar a decisão da autoridade antitruste sobre a operação, a qual se apresenta como solução possível para as operações que não geram tantas

²¹Matéria publicada no jornal Valor Econômico em 14 de maio de 2013. Acesso disponível apenas para assinantes.

²²CORDOVIL, Leonor. 'Gun Jumping' or Cartel: Is Brazil Prepared for this Analysis? Competition Law and Policy in Latin America, Eleanor M. Fox and D. Daniel Sokol, eds., Hart, 2009

eficiências, de modo que as empresas podem aguardar para realizar o planejamento de atuação conjunta pós-operação.

Essas soluções foram afirmadas no caso que ficou conhecido como OMNICARE (2011)²³ como justificativas para não considerar a prática das empresas como violação antitruste. Nesse caso, a empresa *Omnicare* iniciou negociações separadas com duas empresas de seguros, *UnitedHealth* e *PacifiCare*. Foi realizada a *due diligence*, e, posteriormente, as empresas assinaram contratos e consumaram as operações. Entretanto, a *UnitedHealth*, abandonou seu contrato e optou pelo contrato mais favorável da *PacifiCare*. Em face dessa atitude, a *Omnicare* processou as duas empresas por conspiração e coordenação à época das negociações dos contratos.

Em sua decisão, a Corte de Apelação confirmou o entendimento da decisão de primeira instância e considerou que não houve coordenação, pois as empresas seguiram os passos necessários para evitar a troca de informações concorrencialmente sensíveis e consequentemente se protegeram contra eventual alegação de coordenação.

Em mesmos moldes, sempre que for necessário realizar ações para atingir os objetivos legítimos da operação, até a consumação desta, e desde que haja racionalidade na prática, provavelmente tais ações serão autorizadas pela autoridade antitruste e não serão vistas como violação da legislação, tudo como ocorreu no caso OMNICARE 2011.

3.2. Informações concorrencialmente sensíveis

A autoridade antitruste brasileira entende que certas informações, quando divulgadas ao público em geral, podem representar vantagem competitiva a outros agentes econômicos, e, por esse motivo, são tratadas como sigilosas, ou seja, a elas passam a ter acesso exclusivamente pessoas autorizadas pelo Cade e autoridades públicas responsáveis por proferir parecer ou decisão.

De acordo com o artigo 53 do Ricade, podem ser tratadas como informações de caráter sigiloso as informações sobre escrituração mercantil, situação econômico-financeira de empresa, sigilo fiscal ou bancário, segredos de empresa, processo produtivo e segredos de indústria, notadamente processos industriais e fórmulas relativas à fabricação de produtos, faturamento do interessado, data, valor da operação e forma de pagamento, documentos que

²³ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States Court of Appeals for the Seventh Circuit**. *Omnicare Inc. v. UnitedHealth Group Inc., PacifiCare Health Systems, Inc. e RxSolutions, Inc*, 2011.

formalizam o ato de concentração notificado, último relatório anual elaborado para os acionistas ou quotistas, exceto quando o documento tiver caráter público, valor e quantidade das vendas e demonstrações financeiras, clientes e fornecedores, capacidade instalada e custos de produção e despesas com pesquisa e desenvolvimento de novos produtos ou serviços.

Tal rol de informações pode ser considerado como uma lista geral de informações consideradas pela autoridade antitruste como concorrencialmente sensíveis, as quais não devem ser tornadas de acesso ao público geral. Entretanto, não são todas as informações acima mencionadas que devem ser evitadas entre concorrentes, sendo algumas delas essenciais para a celebração de uma operação entre empresas concorrentes, como será demonstrado abaixo.

Especificamente no contexto de operações e considerando as informações normalmente exigidas para a realização de *due diligence*, tecem-se alguns comentários abaixo sobre cada tipo de informação, concluindo-se o que pode ser trocado entre as empresas, por ser essencial para a própria existência da operação, mas deve ser apresentado a terceiros independentes, e não diretamente à outra parte envolvida na operação e o que deve ser evitado quando das comunicações entre as partes da operação.

Tais cautelas devem ser observadas para que não haja a prática de *gun jumping* e, conseqüentemente, para evitar aplicação de sanções pela autoridade antitruste, decorrentes da concretização prematura da operação, por meio da troca de informações concorrencialmente sensíveis.

Ademais, a análise dos tipos de informação apresentados a seguir também é importante para estabelecer parâmetros para o SBDC quando da análise de operações, evitando-se que a troca de informações que não têm caráter concorrencialmente sensível seja considerada como *gun jumping*.

(i) Informações financeiras

Esse tipo de informação é essencial para qualquer operação. As informações que compõem esse item são bastante sensíveis, pois se relacionam diretamente com os preços da empresa. São elas: (i) demonstrações financeiras (resumo formatado do balancete); (ii) balancetes (ativo, passivo e resultado); (iii) custos; (iv) receitas; (v) despesas; (vi) abertura de contas (a receber e a pagar); e (vii) relatórios gerenciais.

O pacote de informações financeiras acima listado compõe a chamada *valuation*, que é a avaliação financeira da empresa com a qual se objetiva efetuar uma operação. Com respeito a esse pacote de informações, deve-se seguir a orientação geral sobre troca de informações, a

saber, deve-se tentar apresentar à outra empresa apenas os dados que sejam agregados e antigos, bem como evitar que a troca se faça com muita frequência.

Quando da utilização de dados desagregados e atuais ou futuros, a apresentação deve ser feita a terceiros, principalmente a empresas de auditoria independentes ou *clean team*²⁴, evitando-se a troca de informações sensíveis entre concorrentes.

Importante ressaltar que algumas empresas tornam públicas certas informações financeiras. Nesses casos, as informações trocadas, porque decorrentes de fontes públicas, não se consideram concorrencialmente sensíveis, pois estão disponíveis para todo o mercado, e não apenas para um concorrente.

(ii) Informações fiscais e tributárias

As informações fiscais e tributárias também são essenciais para a avaliação de uma empresa, mas são concorrencialmente sensíveis, pois estão diretamente relacionadas às informações financeiras. Para o cálculo dos impostos, normalmente se utiliza como base o faturamento da empresa, o qual, indiretamente, estaria sendo informado ao concorrente.

Em especial, o imposto de renda traduz, com muitos detalhes, a vida da empresa no ano e, por isso, não deve ser compartilhado com concorrentes. Nesse sentido, até a Receita Federal do Brasil trata tal informação como confidencial, por saber dos impactos que sua divulgação pode gerar no mercado.

(iii) Informações trabalhistas

As informações trabalhistas também são necessárias para qualquer operação, mas não têm caráter concorrencialmente sensível, já que tratam de contratos com funcionários, o que não influencia na concorrência entre as empresas.

A única questão que poderia levantar preocupações concorrenciais seria aquela relacionada a funcionários-chave das empresas, pois, ao ter acesso aos valores a eles pagos, a concorrente poderia fazer proposta para tirá-los da empresa, o que poderia afetar diretamente os negócios. Dessa forma, informações sobre os funcionários-chave das empresas devem ser evitadas ou apresentadas apenas a terceiros independentes.

(iv) Informações legais (processuais e contratuais)

As informações relacionadas a processos não geram grande preocupação de ordem concorrencial, a não ser que sejam processos tais como os em trâmite pelo SBDC, que contenham informações concorrencialmente sensíveis. Nesses casos, é interessante apresentar apenas as cópias públicas dos autos, ou tarjar as informações concorrencialmente sensíveis.

²⁴Conforme definição da página 16 do presente artigo.

Já no caso de contratos, é importante tarjar o nome das partes, o valor, a forma de pagamento, o mercado de atuação e outras eventuais informações que possam ser consideradas como concorrencialmente sensíveis.

Se for o caso de contratos em negociação, estes não devem ser apresentados à outra empresa, e sim apenas a terceiros independentes. Principalmente nos casos de operações com concorrentes, deve-se evitar que a outra parte em potencial não esteja apenas especulando os futuros investimentos do mercado.

(v) Informações ambientais

As informações ambientais, a princípio, não geram nenhum tipo de preocupação concorrencial. Porém, quando se trata de processo judicial ou administrativo no qual informações concorrencialmente sensíveis estão mencionadas, necessário tomar as cautelas apresentadas acima, quais sejam, apresentar apenas as versões públicas de tais processos, ou tarjar as informações de caráter concorrencialmente sensível.

(vi) Informações sobre tecnologia

Se a empresa trabalhar com um produto que tenha algum tipo de processo produtivo ou outro tipo de inovação tecnológica, as informações respectivas não devem ser repassadas à outra empresa envolvida na operação, mas tão somente a terceiros independentes.

(vii) Informações sobre clientes

As informações sobre clientes só podem ser apresentadas à outra empresa envolvida na operação, quando forem agregadas. Caso se exija relação analítica de clientes, com respectivos nomes e contatos, esta só deve ser informada a terceiros independentes. Ademais, todos os documentos que apresentarem esse tipo de informação sobre clientes devem ser tarjados, para se proteger essa informação.

(viii) Relação dos produtos e da margem de produção

Por se tratar de informação diretamente relacionada ao preço final e ao negócio da empresa, apenas deve ser apresentada a terceiros independentes, evitando-se sua entrega à empresa envolvida na operação, principalmente nos mercados de produtos homogêneos, que são mais suscetíveis à colusão tácita.

(ix) Informações sobre expectativa futura

Assim como nos casos de contratos em negociação, as expectativas futuras não devem ser informadas à outra empresa envolvida na operação, já que esta pode estar usando a negociação para obter informações sobre o futuro do mercado. Dessa forma, esse tipo de informação apenas deve ser apresentado a terceiros independentes.

(x) Informações sobre *market share*

A não ser que as informações disponíveis na empresa sejam decorrentes de fontes públicas, deve-se evitar a transmissão à empresa envolvida na operação, bem como evitar que seja informado o *market share* detalhado por produto da empresa. Esse tipo de relato detalhado sobre a participação de mercado da empresa e eventual estimativa dos demais concorrentes deve ser apresentado apenas a terceiros independentes, sejam eles um *clean team* ou uma empresa de auditoria.

(xi) Informações sobre estratégia de produto e *marketing*

Na atual sociedade de consumo, as campanhas publicitárias são importantes para o sucesso de uma empresa. Por esse motivo, deve-se evitar a troca de informações sobre *marketing* diretamente com a empresa envolvida na operação, sendo necessária a transmissão por terceiros independentes.

Conforme apresentado acima, a própria autoridade antitruste norte-americana já entendeu que a atividade de *marketing* conjunto de empresas antes de sua decisão resulta em consumação antecipada da operação, pois as empresas passam a agir como um único ente e alteram as condições de competição de seu mercado.

Dessa forma, conclui-se que a troca de informações concorrencialmente sensíveis, no contexto de uma operação, pode ser considerada como uma violação da legislação antitruste, quando: (a) a operação se dá entre concorrentes, ou há uma relação vertical entre as empresas; e (b) o mercado atingido pela operação é concentrado e com barreiras à entrada. É importante destacar a necessidade de analisar tal prática com base nos efeitos, não sendo considerada como violação *per se*. Ademais, como as empresas são consideradas como entes distintos até a consumação da operação, deve-se evitar a troca de informações até essa fase da operação, não havendo imunidade antitruste no período compreendido entre a decisão da autoridade e a consumação da operação.

4. Sanções

Devem-se evitar atos tais como os listados acima, dentre eles a troca de informações concorrencialmente sensíveis entre partes de uma operação, que podem resultar na consumação da operação antes da decisão da autoridade antitruste, principalmente pelas consequências que podem gerar.

Conforme dispõe o artigo 88 da Lei 12.529/2011, combinado com o artigo 112 do Ricate, quando se pratica ação no sentido de consumação de operação de submissão obrigatória, poderá ser imposta multa de valor entre R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais). Também poderá a autoridade abrir processo administrativo para apuração de infração à ordem econômica decorrente desses atos.

Além da multa, os mesmos artigos dispõem que poderá o Cade declarar a nulidade dos atos já praticados pelas empresas antes da decisão da autoridade antitruste, bem como tomar medidas judiciais e administrativas para que tais atos sejam anulados. Essas medidas visam a garantir que os efeitos da operação permaneçam sobrestados até a apreciação final da autoridade antitruste sobre a operação.

Especificamente sobre a sanção de anulação de atos já praticados, a Conselheira Ana Frazão, quando da análise da prática de *gun jumping* no caso OGX 2013, entendeu que os atos praticados prematuramente pelas empresas foram meramente operacionais de administração ordinária (tais como pagamento a certos tipos de fornecedores), os quais não devem ser considerados da mesma forma que os atos capazes de alterar, ainda que potencialmente, as relações de concorrência no mercado. Entendeu, ainda que apenas esses últimos devem ser objeto da pena de nulidade, independentemente da comprovação dos efeitos negativos no mercado, pois a pena de nulidade independe do julgamento de mérito.

Como a análise da consumação da operação se aplica a qualquer tipo de operação notificável ao SBDC, o Cade há de verificar, quando da aplicação da multa, principalmente a potencialidade anticompetitiva da operação, além do porte das empresas envolvidas, o dolo, a má-fé, bem como outros fatores específicos que a autoridade considerar relevantes.

Com base nessa orientação, quando da determinação do valor da contribuição pecuniária do acordo com a OGX, o Cade considerou a ausência de má-fé das requerentes e de impactos negativos à concorrência decorrentes da operação, bem como a situação financeira da OGX. Mesmo sem aplicar a pena de nulidade, o Cade reforçou que a infração de *gun jumping* é sempre grave, pois viola o próprio regime de controle prévio dos atos de concentração econômica.

Ainda sobre os critérios para a dosimetria da pena, os casos analisados pela Comissão Europeia elencam como atenuantes, se (i) a operação não resultou em preocupações concorrenciais em seu mérito²⁵, (ii) as partes vieram espontaneamente notificar a operação, o

²⁵Casos (SAMSUNG 1998), (AP MOLLER 1999) e (ELECTRABEL 2009).

que demonstra boa-fé²⁶; e, (iii) as partes reconheceram a ocorrência da infração de não notificar a operação²⁷.

Por outro lado, nos casos SAMSUNG 1998 e ELECTRABEL 2009, a Comissão também reconheceu como agravantes (i) o fato de a ausência da notificação e a consequente implementação da operação ter perdurado por tempo significativo, sem a análise da autoridade antitruste e (ii) o porte das empresas, que faz com que seja presumido que a empresa tenha conhecimento das regras europeias de notificação de operações.

Ademais, conforme descrito no capítulo II deste artigo, a troca de informações sensíveis, além de configurar *gun jumping*, pode facilitar a prática de colusão entre concorrentes. A lei de defesa da concorrência lista no §3º do artigo 36, de forma exemplificativa, práticas que caracterizam violações antitruste, dentre elas, “promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes”²⁸, na qual se enquadram os efeitos decorrentes da troca de informações sensíveis entre concorrentes.

Como consequência, além de poder resultar na consumação antecipada da operação, troca de informações concorrencialmente sensíveis entre concorrentes pode ser considerada ilícito antitruste, cuja sanção está prevista no artigo 37 da lei de defesa da concorrência, nos seguintes termos:

Art. 37. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I - no caso de empresa, multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação;

II - no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será entre R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais);

III - no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida, quando comprovada a sua culpa ou dolo, multa de 1% (um por cento) a 20% (vinte por cento) daquela aplicada à empresa, no caso previsto no inciso I do caput deste artigo, ou às pessoas jurídicas ou entidades, nos casos previstos no inciso II do caput deste artigo.

²⁶Casos (SAMSUNG 1998), (AP MOLLER 1999) e (ELECTRABEL 2009).

²⁷Casos (SAMSUNG 1998) e (AP MOLLER 1999).

²⁸Artigo 36, § 3º, II da Lei 12.529/2011.

Também poderão ser aplicadas obrigações comportamentais descritas no artigo 38 da lei de defesa da concorrência, como publicação de trecho da decisão da autoridade antitruste em jornais de grande circulação e proibição de contratar com instituições financeiras oficiais²⁹.

Em síntese, empresas envolvidas em qualquer operação de análise obrigatória pelo SBDC não devem praticar os atos listados neste artigo, e isso para evitar a consumação da operação antes da decisão final da autoridade antitruste. Após a decisão final, entretanto, as empresas estarão autorizadas a concretizar a operação, a não ser que esta seja aprovada com alguma restrição nesse sentido, ou mesmo seja reprovada.

Ademais, as empresas e seus administradores também devem evitar a troca de informações concorrencialmente sensíveis até a consumação da operação, não apenas para não configurar *gun jumping*, mas também para evitar a facilitação de colusão entre concorrentes, passível de sanção pela autoridade antitruste.

Importante lembrar que as empresas de auditoria independentes devem tomar todas as devidas cautelas elencadas neste artigo ao lidar com informações concorrencialmente sensíveis de empresas concorrentes, pois, transmitindo informações que podem facilitar a colusão entre empresas, também estará sujeita a aplicação de sanção pela autoridade de defesa da concorrência, conforme disposto no inciso II do artigo 37 acima.

²⁹Artigo Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:

I - a publicação, em meia página e a expensas do infrator, em jornal indicado na decisão, de extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas;

II - a proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;

III - a inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor;

IV - a recomendação aos órgãos públicos competentes para que:

a) seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual de titularidade do infrator, quando a infração estiver relacionada ao uso desse direito;

b) não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos;

V - a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade;

VI - a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e

VII - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

5. Conclusão

O presente trabalho buscou analisar a doutrina e a jurisprudência internacionais sobre as práticas de *gun jumping* e a troca de informações entre concorrentes. Foram avaliadas, além disso, as informações normalmente trocadas entre as empresas no contexto de uma operação e qual o impacto anticoncorrencial que essa troca pode gerar no mercado.

Com a adoção do sistema de análise prévia dos atos de concentração que sejam de notificação obrigatória ao SBDC, surge a preocupação com o comportamento das empresas até que haja decisão da autoridade antitruste. Tal preocupação decorre do fato de se considerarem as empresas envolvidas em uma operação como entes distintos, que devem assim permanecer até decisão final da autoridade, para que não haja qualquer alteração no ambiente competitivo.

Após essa análise, verificou-se que alguns atos comumente praticados à época do sistema de análise *a posteriori* de operações devem ser evitados, para que a autoridade antitruste não considere que as empresas se precipitaram e consumaram a operação antes de sua decisão.

Sabe-se, ademais, que o acesso a informações comercialmente importantes de uma empresa por parte de empresas concorrentes tem potencial efeito anticompetitivo, pois podem levar à coordenação entre as empresas, quer de forma tácita, quer em decorrência de acordo. Por essa razão, é importante que as empresas tenham conhecimento sobre o tipo de informações que devem evitar trocar com seus concorrentes, principalmente adotando *clean teams* e empresas de auditoria independentes, quando do contexto de negociação de eventual operação.

Para sanar essas preocupações, o presente artigo elenca as principais condutas a serem evitadas pelas empresas no contexto de negociação sobre uma operação, tanto para evitar a consumação da operação, quanto para evitar que haja a troca indevida de informações concorrencialmente sensíveis.

6. Referências bibliográficas

ABA Section of Antitrust Law, *Premerger Coordination: The Emerging Law of Gun Jumping and Information Exchange*, 2006

BLUMENTHAL, William. *The Rhetoric of Gun-Jumping*. Remarks before the Association of Corporate Counsel in the Annual Antitrust Seminar of Greater New York Chapter: Key Developments in Antitrust for Corporate Counsel. Nova Iorque, 10 de novembro de 2005. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/speeches/blumenthal/20051110gunjumping.pdf>>. Acesso em: 08 de junho de 2013.

Gun Jumping e troca de informações sensíveis entre concorrentes com o controle prévio de estruturas do SBDC

CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Com nova lei, tempo médio de análise de atos de concentração é de 25 dias.* Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?59ec3dcc24f90e15e16fc191a6aa>>. Acesso em: 08 de junho de 2013.

_____. *Ato de Concentração n. 08700.005775/2013-19.* Requerentes: OGX Petróleo e Gás S.A. e Petróleo Brasileiro S.A., julgado em 26 de julho de 2013. Disponível em <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000753431561.pdf>. Acesso em 20 de setembro de 2013.

COMISSÃO EUROPEIA. Case IV/M.920, Samsung/AST, 1998. Disponível em <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-98-166_en.htm>. Acesso em 19 de setembro de 2013.

COMISSÃO EUROPEIA. Case IV/M.969, A.P. Moller, 1999. Disponível em <http://europa.eu/rapid/press-release_ip-99-100_en.htm>. Acesso em 19 de setembro de 2013.

COMISSÃO EUROPEIA. Case COMP/M.4994, Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône, 2009. Disponível em <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-895_en.htm?locale=en>. Acesso em 19 de setembro de 2013.

CORDOVIL, Leonor. *'Gun Jumping' or Cartel: Is Brazil Prepared for this Analysis?* Competition Law and Policy in Latin America, Eleanor M. Fox and D. Daniel Sokol, eds., Hart, 2009.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *District Court for the District of Columbia.* United States of America v. Computer Associates International, Inc. e Platinum Technology International, Inc., 2002.

_____. *District Court for the District of Columbia.* United States of America v. Gemstar-TV Guide International, Inc e TV Guide, Inc., 2003.

_____. *District Court for the District of Columbia.* United States of America v. Input/Output, Inc e The Laitram Corporation, 1998.

_____. *District Court for the District of Columbia.* United States of America v. Atlantic Richfield Company e U. F. Genetics Incorporation. 1992.

_____. *District Court for the District of Columbia.* United States of America v. Titan Wheel International, Inc. 1996.

_____. *District Court for the District of Columbia.* United States of America v. Qualcomm Incorporated e Flarion Technologis, Inc., 2006.

_____. *Federal Trade Commission (FTC).* United States of America v. Atlantic Richfield Co. e Union Carbide Corporation, 1990.

_____. *Federal Trade Commission (FTC).* United States of America v. Commonwealth Land Title Insurance Company e First American Title Insurance Company, 1998.

_____. *Federal Trade Commission (FTC).* United States of America v. Insilco Corporation. 1998.

_____. *United States Court of Appeals for the Seventh Circuit.* Omnicare Inc. v. UnitedHealth Group Inc., PacifiCare Health Systems, Inc. e RxSolutions, Inc, 2011.

INVALIDI, Marc, JULLIEN, Patrick Rey, SEABRIGHT, Paul, TIROLE, Jean. *The Economics of Tacit Collusion.* Final Report for DG Competition, European Commission. Março de 2003. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf>. Acesso em: 11 de junho de 2013.

MORSE, M. Howard. *Mergers and Aquisitions: Antitrust Limitations on Conduct Before Closing.* Reimpressão de *The Bussiness Lawyer*, vol. 57, n.4, Agosto de 2002, publicação de American Bar Association Section of Business Law.

PAUTLER, Paul A. *The Effects of Mergers and Post-Merger Integration: A review of Business Consulting Literature*. 21 de janeiro de 2003. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/be/rt/businessreviewpaper.pdf>> Acesso em: 08 de junho de 2013. Descrevendo pesquisa de 1998 da PriceWaterhouseCoopers às fls. 27-28.

STEPTOE, Mary Lou. *Premerger Coordination/Information Exchange – FTC Competition Bureau Acting Director's Views*. Remarks Before the ABA Section of Antitrust Law, 7 de abril de 1994.

STUCKE, Maurice E. *Dysfunctional Discounts: Evaluating the risks of increased price transparency*. 19 Antitrust ABA 81.Spring, 2005.

Submissão dos fundos de *private equity* à análise concorrencial

Júlia Batistella Machado¹

RESUMO

O debate concorrencial sobre fundos de *private equity* concentra-se sobre a necessidade de submissão de suas operações à aprovação prévia pela autoridade antitruste. Pela revisão de literatura econômica e a interpretação de legislação, doutrina e jurisprudência do direito antitruste, o artigo almeja analisar se os fundos de *private equity* aportam preocupações concorrenciais tais que determinem a obrigatoriedade de sua submissão, mormente pela verificação de sua atuação ativa e duradoura sobre as estratégias da empresa-alvo ou, de outro modo, o seu propósito como de mero investimento financeiro. A conclusão é que, no atual estado da lei, os fundos de *private equity* submetem-se à aprovação prévia pela autoridade concorrencial, conforme o faturamento dos grupos envolvidos. Criticamente, no entanto, os fundos admitem uma forma clássica, que não invade questões concorrencialmente sensíveis, e uma forma ‘anômala’, que pode causar preocupações concorrenciais, sendo que a primeira admitiria isenção por propósito de investimento financeiro.

Palavras-chave: Private Equity. Fundo de Investimento, Estrutura de Mercado, Direito da Concorrência.

JEL: K21. G24. K22.

ABSTRACT

The competitive debate concerning private equity funds focus on the necessity of submission of its operations to the prior approval of the antitrust authority. Through the review of economic literature and the interpretation of legislation, doctrine and jurisprudence of competition law, this article aims to analyze whether private equity funds rise competition concerns such that would determine their submission, mainly by the enquire of its active influence over the strategies of the target-company or, otherwise, its purpose as mere financial investment. The conclusion is that, in the current state of law, private equity funds are subjected to prior approval of the antitrust authority, according to the billing of the groups involved. Critically, however, funds admit a classical type, which does not interfere in competitively sensitive matters, and an ‘anomalous’ type, which can rise competitive concerns, being that the first one would admit an exception based on the purpose of investment.

Key words: Private Equity, Investment Fund, Market Structure, Competition Law.

¹Sócia e Advogada da Área de Direito Público - Direito da Concorrência.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Metodologias históricas de isenção por propósito de investimento financeiro 3. Análise da influência exercida pelos fundos de *private equity* 3.1. Exame da duração do investimento 3.2. Exame do exercício de influência em áreas estratégicas 4. Conclusão crítica 5. Referências bibliográficas

1. Introdução

O ainda incipiente debate concorrencial sobre os fundos de *private equity*, no Brasil², esteve sempre calcado no exame da sua submissão ao controle de estrutura³. O fato revela-se na minúcia dispensada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), autoridade brasileira de defesa da concorrência, à parte das decisões destinada ao conhecimento dos atos de concentração, em comparação com parte relativa à análise concreta das estruturas⁴. Sendo a questão preliminar e decisiva para a apreciação concorrencial dessas operações, justificam-se os esforços. Assim, à margem da indeterminação da antiga lei, e ora compreendidos pela novel, formaram-se argumentos para a isenção e para a submissão ao controle de estrutura.

²A compra do Burger King por três fundos de *private equity* é um exemplo de como as autoridades antitruste internacionais já vêm analisando tranquilamente o mérito dessas operações. A operação foi submetida, analisada e aprovada pela *Federal Trade Commission* e pela Comissão Europeia ainda em 2002. Chegou-se inclusive a analisar a participação superposta no mercado de alimentação com entrega a domicílio entre o Burger King, que seria adquirido pelo fundo “Bain VII”, e o Domino’s, integrante do portfólio do fundo “BainVI”, pela única razão de pertencerem à mesma gestora Bain Capital Investors. Ver RAPID. *A Comissão autoriza a aquisição da Burger King pelos investidores norte-americanos TPG III, Goldman Sachs e Bain Capital Investors*. Europa, 2002. Disponível em <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-02-1461_pt.htm>. Acesso em nov. 2012. Também o Departamento de Justiça norte-americano aplicou penalidades a um gestor pelo fato de ter deixado de cumprir com as obrigações de reportar a operação às autoridades antitruste e de aguardar o tempo de espera antes de realizar duas aquisições por meio de um fundo de investimentos. Ver MORRISON & FOERSTER LLP. *Acquisitions by Financial Investors Are Subject to HSR Reporting Rules*. *Venulex Legal Summaries*, p. 1-2, Q2 2007.

³Como reconhecido e ponderado pelo Conselheiro Alessandro Octaviani Luis (2012): “É claro, como se verá, que uma política concorrencial para os fundos de investimento transcende em muito a mera questão dos critérios para conhecimento das operações em que figuram como compradores/vendedores. *Entretanto, tal questão reveste-se de importância razoável*, principalmente por ter tecido, nos anos recentes, um espaço de aprendizado — mais ou menos adequado, mais ou menos consciente — sobre quais os principais pontos a serem observados daqui para diante, em um cenário no qual a economia dos fundos de investimento está mais fortalecida do que em qualquer outra etapa da história do país, podendo cumprir seu importante papel de irrigação e democratização do crédito para os empreendedores — sendo, inclusive, um canal alternativo aos bancos, privados e públicos — mas, também, trazendo desafios ao ambiente concorrencial saudável”. Ver BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA — Cade. *Voto do Conselheiro Relator Alessandro Octaviani Luis no Ato de Concentração 08012.009044/2011-39*. Gabinete do Conselheiro Alessandro Octaviani Luis. Brasília, p. 323-371. 2012. Requerentes Rio Bravo Energia I — Fundo de Investimento em Participações e Servtec Investimentos e Participações Ltda, p. 327. Grifamos.

⁴Apenas a título de exemplo, o respeitável voto do Conselheiro Alessandro Octaviani Luis dedicou 53 páginas ao conhecimento (91%) e cinco ao mérito (9%). Ver *Ibidem*.

Este artigo destina-se a identificar se as operações envolvendo fundos de *private equity* levam a uma situação de poder de mercado em razão da qual devam sujeitar-se ao controle de estrutura. Isso será possível, primeiramente, pelo conhecimento das metodologias históricas de isenção por propósito de investimento financeiro (seção 2), seguida pela construção de um modelo conceitual para a aferição crítica da necessidade de sua submissão ao controle de estrutura (seção 3), que se desdobrará na análise do caráter transitório destas operações (seção 3.1) e do variado nível de influência exercido (3.2).

2. Metodologias históricas de isenção por propósito de investimento financeiro

Sob a lei anterior, parcela da jurisprudência do Cade já demandava a elaboração de um critério de isenção de notificação dos atos que se equiparassem a aplicações financeiras e que não demonstrassem prejuízos *a priori* para a concorrência⁵. Dada pouca determinação da antiga lei sobre o conceito de ato de concentração⁶, algumas metodologias sobre a isenção de operações de *private equity* puderam surgir pela via jurisprudencial.

Assim, em 2002, no ato notificado por *BancBoston Investments Inc.*⁷ e *Telefutura Telemarketing S.A.*, o Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior sugeria dispensar do controle de estrutura as operações realizadas por fundos de investimento desde que cumuladas as seguintes condições: (i) o propósito exclusivo de investimento, (ii) a execução no curso ordinário dos negócios do fundo, (iii) o não exercício dos direitos políticos sobre a estratégia comercial da empresa investida ou somente para preparar a venda parcial ou total e (iv) o desfazimento do controle no prazo de um ano. Segundo o Conselheiro, submeter esses atos de menor probabilidade de causar efeitos anticompetitivos ao controle de estrutura teria um custo

⁵Nas palavras do Conselheiro Olavo Zago Chinaglia: “Tem havido um esforço por parte do Cade no sentido de estabelecer um critério objetivo e abstrato que permita distinguir *ab initio* operações equiparáveis, para todos os fins e efeitos, a aplicações financeiras — como a aquisição de títulos de dívida pública ou privada, por exemplo — de operações que impliquem algum risco à dinâmica do processo de competição”. Ver BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA — Cade. *Voto do Conselheiro Olavo Zago Chinaglia no Ato de Concentração 08012.011083/2010-15*. Brasília, p. 53-57. 2010. Requerentes American Securities LLC e Arizona Chemical Sweden Holding AB. p. 55.

⁶O dispositivo que disciplinava o controle de estrutura na Lei 8.884, de 2004, previa: “Art. 54. Os atos, *sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços*, deverão ser submetidos à apreciação do Cade”. Grifamos.

⁷A operação foi apresentada da seguinte forma: “o BBIT é uma subsidiária do BancBoston Investments Inc. (“BBI”), uma sociedade norte-americana que tem por objeto a administração de recursos para investi-los (*sic*) sob a modalidade de *private equity*. A natureza de sua atividade é, portanto, essencialmente financeira”. Ver MAGALHÃES E FERRAZ. *Notificação do Ato de Concentração 08012.006619/2001-90*. Brasília, p. 2-5. 2001. Requerentes BancBoston Investments Telefutura Inc. Lit Tele Ltda e Telefutura Telemarketing S.A. p. 1.

maior para o bem-estar social do que o benefício dos efeitos evitados⁸. Já em 2010, no ato notificado por *American Securities LLC* e *Arizona Chemical Sweden Holding AB.*, o Conselheiro Olavo Zago Chinaglia propunha isentar os fundos de *private equity* em que não se verificassem outras condições: (i) poderes dos investidores para influenciar a atuação dos gestores nos fundos de investimento e (ii) poderes da administração do fundo na empresa-alvo, que não se enquadrariam como “ato de concentração” para os fins da lei⁹.

O legislador brasileiro chegou a incluir no projeto da atual lei antitruste a isenção de operações que concorressem ainda outros requisitos: (i) transações em caráter temporário ou participações adquiridas para fins de revenda e (ii) sem poder de determinar ou influenciar o comportamento concorrencial da empresa adquirida ou (iii) apenas exerçam direito de voto com o objetivo de preparar a alienação desde que ocorrida no prazo regulamentar¹⁰. A isenção não constou na versão final da lei, mas permaneceu a expectativa do legislador de que o Cade ressuscitasse a hipótese por meio de resolução¹¹.

A isenção estaria alinhada com a tendência das legislações antitruste estrangeiras de tornar mais seletiva a análise concorrencial¹². No direito europeu¹³ e no direito norte-

⁸Ver BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA — Cade. *Voto Vista do Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior no Ato de Concentração 08012.006619/2001-90*. Brasília. 2002. Requerentes BancBoston Investments, Telefutura Inc e Telefutura Marketing. Relator Conselheiro Thompson Almeida Andrade. p. 13.

⁹Ver *Idem*, *Voto do Conselheiro Olavo Zago Chinaglia no Ato de Concentração 08012.011083/2010-15*. Brasília, p. 53-57. 2010. Requerentes American Securities LLC e Arizona Chemical Sweden Holding AB. p. 91-92.

¹⁰A primeira final redação da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei 3.937, de 2004, previa no artigo 90, parágrafo único: “Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do as transações e as negociações de ações, quotas ou outros títulos, por conta própria ou de terceiros, em caráter temporário, ou participações adquiridas para fins de revenda, desde que os adquirentes: I - não detenham o poder de determinar, direta ou indiretamente, ou ainda a capacidade de influenciar o comportamento concorrencial da empresa adquirida; ou II - apenas exerçam o direito de voto com o objetivo exclusivo de preparar a alienação, total ou parcial, da empresa adquirida, seus ativos ou dessas participações, devendo tal alienação ocorrer no prazo regulamentar”. Ver BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Projeto de Lei de iniciativa da Câmara dos Deputados 3.937, de sete de julho de 2004. *Câmara dos Deputados*, 2011. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em out. 2012.

¹¹A supressão não passou despercebida pela Câmara dos Deputados, que aprovou a emenda do Senado com a seguinte observação: “O problema na aceitação da emenda do Senado é que acaba por se remover o parágrafo único do art. 90 da redação da Câmara, (...). É adequado, de fato, não considerar tais operações como atos de contração (*sic*) dado que se constituem em meras reestruturações societárias, sem impactos sobre a dinâmica concorrencial. *No entanto, tais dispositivos podem ser melhor tratados em medidas infralegais do próprio Cade*, que já possui longa jurisprudência no assunto. A súmula n.º (*sic*) do Cade já é um exemplo de restrição de casos de submissão em reestruturação societária. Dado o necessário período de ajustes que se farão necessários no arcabouço infralegal, após a publicação desta lei, entendemos que o devido tratamento desta questão será equacionado rapidamente pelo órgão, provavelmente em Resolução. Somos, portanto, favoráveis à oitava parte da emenda n.º 22 do Senado, referente ao parágrafo único do art. 90”. Ver BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Projeto de Lei de iniciativa da Câmara dos Deputados 3.937, de sete de julho de 2004. *Câmara dos Deputados*, 2011. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em out. 2012. Grifamos.

¹²Ver TAUFICK, R. D. *Nova Lei Antitruste Brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. 1a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 467-469.

americano¹⁴, existem parâmetros para diferenciar aquisições que aportem preocupações concorrenciais de meros investimentos financeiros. Os dois sistemas têm em comum o exame da intenção de aquisição, se apenas para propósito de investimento ou para aquisição de controle, e o efetivo exercício dos poderes decorrentes da aquisição, se tendentes a apenas garantir o valor do investimento ou a interferir duradouramente nas estratégias comerciais da empresa¹⁵.

Contudo, não só o legislador brasileiro excluiu da versão final do projeto de lei a previsão de isenção, como também o Cade expediu regras definindo a ampla submissão dos fundos de investimento ao controle de estrutura¹⁶. A insistência, neste momento, justifica-se em cautela do Cade, por considerar que a experiência dos fundos de investimento seja ainda muito recente para os excluir aprioristicamente da análise enquanto a entidade ainda não formou a sua convicção. Esse zelo é reconhecido nas manifestações do então Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo¹⁷ e reafirmado pelo Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, que demonstrou preocupação em generalizar uma isenção, “com medo de, por exemplo, nós

¹³A hipótese brasileira pode ser reconhecida em duas isenções previstas na legislação europeia. A primeira delas cuida das operações com valores mobiliários de caráter especulativo, quando executadas por instituições financeiras no curso normal de suas atividades. Nesse caso, a aquisição deve se dar no curso normal de atividade de uma instituição de crédito, financeira ou de seguros; os valores mobiliários devem ser adquiridos para fins de revenda; a empresa adquirente não deve exercer direitos políticos sobre as estratégias comerciais da empresa-alvo ou somente deve fazê-lo para preparar a venda parcial ou total da empresa-alvo; e a empresa adquirente deve se desfazer do controle no prazo de um ano, prazo que pode ser ampliado conforme a realidade fática. A segunda cuida das operações de aquisição por sociedades de participação financeira, com exercício do direito de voto somente para a manutenção do valor do investimento e não para determinar o comportamento empresarial estratégico da empresa controlada. Ver Regulamento (CEE) 4064, de 1989, conforme a interpretação da Comunicação da Comissão sobre o conceito de concentração, §42 e §44, Quarta Directiva 78/660/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1978, baseada no artigo 54º, nº 3, alínea g), do Tratado e relativa às contas anuais de certas formas de sociedades, §3º. Ver também BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA — Cade. *Voto Vista do Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior no Ato de Concentração 08012.006619/2001-90*. Brasília. 2002. Requerentes BancBoston Investments, Telefutura Inc e Telefutura Marketing. Relator Conselheiro Thompson Almeida Andrade.

¹⁴Diferentemente, a legislação norte-americana isenta de notificação os atos com o “propósito de mero investimento”, isto é, em que não há a intenção de participar na formulação, determinação ou direção das decisões relacionadas às atividades básicas da empresa investida, limitado a que o capital votante do adquirente não exceda 10% do capital votante total, ou 15%, para o caso de investidores institucionais. Ver HSR 18A (c) (9), CFR 802.9, HSR 18A (c) (11) e CFR 802.64. Ver também *Ibidem*. Ver ainda UNITED STATES OF AMERICA. FEDERAL TRADE COMMISSION — FTC. Biglari Holdings, Inc., to Pay \$850,000 Penalty to Resolve FTC Allegations That it Violated U.S. Premerger Notification Requirements. *FTC*, 2012. Disponível em <<http://www.ftc.gov/opa/2012/09/biglari.shtm>>. Acesso em dez. 2012.

¹⁵Ver BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA — Cade, *op cit*.

¹⁶Artigo 4º, §2º, da Resolução 2, de 2012, do CADE: “§2º No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico, cumulativamente: I — os fundos que estejam sob a mesma gestão; II — o gestor; III — os cotistas que detenham direta ou indiretamente mais de 20% das cotas de pelo menos um dos fundos do inciso I; e IV — as empresas integrantes do portfolio dos fundos em que a participação direta ou indiretamente detida pelo fundo seja igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.”

¹⁷Como manifestado pelo Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo na sessão de julgamento do caso *American Securities e Arizona Chemical Sweden Holdings*. Ver BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA — Cade. *Sessão Ordinária de Julgamento 482*. Brasília. 2010. Áudio disponível em <http://www.cade.gov.br/>.

perdermos algumas informações interessantes para nos balizarmos sobre questão concorrencial”¹⁸.

Em que pese a prudência seja sempre bem-vinda, nenhum fundo de *private equity* recebeu restrições pelo Cade até o momento. O único argumento que depõe contra a sua exclusão do conceito de ato de concentração advém da leitura do regulamento dos Fundos de Investimento em Participações (FIPs), que impõe que o fundo participe do processo decisório da empresa investida, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e de sua gestão, notadamente mediante a indicação de membros para o conselho de administração¹⁹. Com base nesse artigo, o Conselheiro Alessandro Octaviani Luís afirma que “as operações realizadas por FIPs devem sempre ser conhecidas pelo Cade”²⁰, e Novis (2008) afirma que “um FIP sempre terá influência concorrencialmente relevante sobre as empresas de seu portfólio”²¹.

Para não incorrer em presunções generalizantes tão graves, contudo, impõem-se a consideração da realidade econômica dos fundos de *private equity* à luz do direito concorrencial, como se fará a seguir.

3. Análise da influência exercida pelos fundos de *private equity*

Para que se possa avaliar criticamente a necessidade de submissão prévia das operações de *private equity* ao controle de estrutura, importa, em primeiro lugar, compreender qual a influência considerada para a caracterização de uma concentração econômica.

Tomando as lições de Salomão Filho (2007), a presunção de que as empresas passarão a agir conjuntamente somente é possível diante de *influência dominante*. Diferentemente do conceito societário, a conotação concorrencial da influência dominante é mais ampla, na medida em que não exige o domínio sobre todos os órgãos ou todas as decisões sociais,

¹⁸Como manifestado pelo Conselheiro Ricardo Machado Ruiz na sessão de julgamento do caso *American Securities e Arizona Chemical Sweden Holdings*. Ver *Ibidem*.

¹⁹Em especial o artigo 2º da instrução 391, de 2003, da CVM: “Art. 2º. O Fundo de Investimento em Participações (fundo), constituído sob a forma de condomínio fechado, é uma comunhão de recursos destinados à aquisição de ações, debêntures, bônus de subscrição, ou outros títulos e valores mobiliários conversíveis ou permutáveis em ações de emissão de companhias, abertas ou fechadas, participando do processo decisório da companhia investida, com efetiva influência na definição de sua política estratégica e na sua gestão, notadamente através da indicação de membros do Conselho de Administração”. Grifamos.

²⁰Ver BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA — Cade. *Voto do Conselheiro Relator Alessandro Octaviani Luis no Ato de Concentração 08012.009044/2011-39*. Gabinete do Conselheiro Alessandro Octaviani Luis. Brasília, p. 323-371. 2012. Requerentes Rio Bravo Energia I — Fundo de Investimento em Participações e Servtec Investimentos e Participações Ltda., p. 325.

²¹Ver NOVIS, M. E. Opinião: o Cade e os fundos de investimento. *Valor Econômico*, São Paulo, dez. 2008.

porém ao mesmo tempo mais restrita, na medida que “é preciso que o poder tenha bases estruturais e estáveis, de forma a fazer pressupor que *perdurará no tempo*”. No âmbito do controle interno, para o controle minoritário, por exemplo, o autor mais uma vez observa que deve ser “acompanhado de algum qualificador que garanta ou ao menos permita presumir a existência de influência *duradoura*”²².

Além do caráter temporal, o autor elenca quatro áreas estratégicas para o controle do planejamento empresarial: pesquisa e desenvolvimento, investimento, produção e vendas. Acordos que atribuam ao acionista o direito de deliberar sobre essas áreas ou de indicar e destituir diretores com essas competências caracterizam a influência dominante para a legislação concorrencial²³. Poder de veto nessas áreas e outras formas de interferência sem controle configuram a *influência relevante*, também levada em consideração pela legislação concorrencial²⁴.

Com esta observação, é possível construir um modelo simplificado de análise pelo qual um fundo de *private equity* apresentará influência concorrencialmente dominante ou relevante desde que observados simultaneamente dois fatores: (i) duração e (ii) influência nas áreas estratégicas.

3.1. Exame da duração do investimento

Caberia questionar, inicialmente, se o caráter transitório das operações de *private equity* já não seria suficiente para as excluir do controle de estrutura. Na União Europeia, o regulamento de concentrações específica que o conceito de concentração abrange operações que resultem em “*alteração duradoura no controle das empresas em causa e, por conseguinte, na estrutura do mercado*”²⁵. O mesmo critério é defendido doutrinariamente no Brasil, como visto nas lições de Salomão Filho. Ocorre que Instrução 391, de 2003, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), em seu artigo 6º, que dispõe sobre os FIPs, prevê que deverá constar no regulamento do fundo de investimento em participações o prazo máximo para a integralização das quotas, o prazo limite para as chamadas de capital e as regras e critérios para a fixação de prazo para as aplicações nas companhias investidas. A Instrução 477, de 2009, sobre os Fundos Mútuos de Investimento em Empresas Emergentes

²² Ambas as citações são de Salomão Filho (2012). Os destaques não constam no original. Ver SALOMÃO FILHO, C. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2a. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 258.

²³ Ver *Ibidem*, p. 257.

²⁴ Ver *Ibidem*, p. 264.

²⁵ Ver FORGIONI, P. A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 395-396.

(FMIEE), outro veículo de *private equity* possível, é ainda mais expressa e prevê o prazo de dez anos para a liquidação do fundo.

De fato, todo investimento realizado por fundos de *private equity* já nasce com vistas ao seu fim. É somente com a saída que os quotistas do fundo são finalmente remunerados e, portanto, a duração do investimento é normalmente pré-determinada no estatuto do fundo.

Com base somente nisso, poder-se-ia afirmar que, tendo o investimento duração limitada, importaria para o controle antitruste somente a fase de desinvestimento, o momento quando as participações nas empresas do portfólio podem então passar a um comprador estratégico. Dito de outro modo, isentar-se a fase de investimento pelo fundo de *private equity* da análise concorrencial.

Duas são as objeções possíveis a essa isenção meramente temporal. Em primeiro lugar, a característica dos atos de concentração é envolver dois agentes inicialmente dotados de autonomia decisória, que terão tais centros unificados, com a alteração de estrutura proprietária ou de gestão de pelo menos um dos partícipes. Isso ocorre em algumas operações de *private equity*, ao menos em alguma medida, dificultando a sua exclusão apriorística do conceito de concentração. Em segundo lugar, há que se antever a possibilidade de prolongação do prazo de investimento inicialmente pactuado, bem como o estágio da indústria de *private equity* americana, em que a saída dos investimentos ocorre em grande proporção para outros fundos. Assim poderia ocorrer por ciclos consecutivos, sem que as participações passassem a um comprador estratégico e, na hipótese, sem que recebessem qualquer exame pelas autoridades de defesa da concorrência. Mas a isenção por investimento financeiro não se limita a essa dimensão temporal, cabe ainda perquirir o nível de influência do fundo nas empresas investidas.

3.2. Exame do exercício de influência em áreas estratégicas

O nível de influência dos agentes relaciona-se diretamente com a forma pela qual os fundos criam valor. Alguns autores²⁶ atribuem a criação de valor pelos fundos de *private equity* a uma atuação mais ativa, de reestruturação das empresas do portfólio financeiramente, estrategicamente e operacionalmente. Outros²⁷ atribuem a uma atuação mais passiva, de investimento em momentos em que a avaliação de mercado está baixa e desinvestimento em

²⁶Ver Acharya *et al.* (2010) *apud* RAUCH, C.; UMBER, M. P.; FURTH, S. Private Equity Shareholder Activism. *Social Science Research Network* — SSRN, 2012. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1929159>. Acesso em dez. 2012. p. 1.

²⁷Ver Fraser-Sampson (2010) *apud* *Ibidem*, *loc. cit.*

momentos em que a avaliação de mercado está alta. Rauch, Ueber e Furth (2012) encontraram evidências empíricas²⁸ de que os fundos de *private equity* investem em variados graus e modos de ativismo²⁹.

O grau de ativismo poderia ser observado pela frequência de alguns elementos, como a quantidade de participação detida pelo investidor, o número de cadeiras detidas no conselho de administração ou direção e as mudanças na estrutura administrativa a que as empresas do portfólio são obrigadas³⁰. Rauch, Ueber e Furth (2012) estudaram os investimentos típicos feitos pelos fundos de *private equity* e sugeriram a seguinte lista de critérios para que uma operação seja considerada uma atuação ativa: (a) controle acionário, (b) direito a no mínimo um assento no conselho³¹, (c) possibilidade de substituir o diretor comercial da empresa após o investimento e (d) possibilidade de substituir o diretor financeiro da empresa após o investimento. Esses critérios não são suficientes para demonstrar o ativismo de um fundo de *private equity*, mas são condições sem as quais a atuação ativa não se concretiza, sem as quais o fundo não consegue implementar decisões estratégicas ou operacionais na empresa do portfólio — alvo da preocupação concorrencial. A ausência de todos esses critérios, portanto, impede a atuação ativa dos fundos de *private equity*. Mas não é o bastante identificar que os fundos possam exercer algum grau de ativismo, pois há modos diferentes de ativismo.

Os modos de ativismo citados pela literatura são quatro: o monitoramento da administração, a engenharia financeira, a engenharia operacional e a intervenção de governança³².

O monitoramento da administração foi o primeiro modo de ativismo utilizado pelos fundos de *private equity*. Está relacionado com os custos de agência pela separação de

²⁸A pesquisa empírica considerou dados de 211 investimentos em *private equity* realizados em empresas alemãs entre 1997 e 2009, selecionados em razão de o desinvestimento ter ocorrido com abertura de capital. Ver RAUCH, C.; UEBER, M. P.; FURTH, S. *Private Equity Shareholder Activism. Social Science Research Network — SSRN*, 2012. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1929159>. Acesso em dez. 2012. p. 8.

²⁹Sobre a hipótese “*private equity firms invest with varying degrees and types of activism*”, ver Romano (1993), Smith (1993), Gillan e Starks (2002), Song e Szewczyk (2003) e Hendry e Sanderson (2007) *apud Ibidem*, p. 4. Sobre a hipótese “*private equity firms enhance the operating performance of their portfolio firms*”, ver Kaplan (1989), Smith (1990), Muscarella e Vetsuypens (1990), Degeorge e Zeckhauser (1993), Phan e Hill (1995), Wright *et al.* (1995), Holthausen e Larcker (1996), Bruton, Keels e Scifres (2002), Murray, Niu e Harris (2006), Acharya, Hahn e Kehoe (2010), Barry *et al.* (1990), Megginson e Weiss (1991), Lerner (1994) e Gompers (1996), Brav e Gompers (1997), Lee e Wahal (2002), Rindermann (2003), Kraus e Burghof (2003), Wang, Wang e Lu (2003), Jelic, Saadouni e Wright (2004), Masulis e Nahata (2006) e Levis (2010) *apud Ibidem*, p. 5.

³⁰O grau de ativismo geralmente é determinado pelo modelo geral de negócio operado pelos fundos, mas o tipo de investimento também é ajustado de acordo com cada empresa específica do portfólio. Administração ou estruturação especial ou rentabilidade esperada determinam a aproximação mais ativa ou passiva. Ver *Ibidem*, p. 6.

³¹Ainda assim, há fundos de *private equity* de atuação passiva que mesmo assim demandam assentos no conselho, para manterem uma visão geral sobre os seus investimentos. Ver *Ibidem*, p. 6.

³²Ver *Ibidem*, p. 6.

propriedade e controle. A simples introdução de um investidor institucional de alto peso, com assentos no conselho, alivia esses custos por exercer influência para que a administração aja no interesse dos proprietários. Serve, portanto, para evitar ineficiências de administração e decisões em detrimento dos acionistas, sem influência direta no negócio principal da empresa³³.

A engenharia financeira foi introduzida no final dos anos oitenta e refere-se ao modo como alguns fundos de *private equity* adquirem grandes empresas com uma combinação de capital próprio e dívida. A utilização de dívida, chamada alavancagem da operação, serve para pressionar o administrador a usar o fluxo de caixa de modo mais eficiente, resolvendo o problema de “fluxo de caixa livre”, relatado por Jensen (1986)³⁴, ao aumentar a pressão de não desperdiçar dinheiro.

A engenharia operacional foi identificada por Kaplan e Strömberg (2008) em algumas operações ocorridas a partir dos anos 2000. Alguns fundos de *private equity* utilizariam habilidades setoriais para oferecer suporte estratégico e operacional à administração, por meio da especialização do fundo em determinada indústria ou da formação de times específicos de administradores para as empresas do portfólio. Essa expertise setorial é utilizada tanto para identificar os investimentos atrativos como para desenvolver e implementar planos de criação de valor para esses investimentos, que pode incluir elementos de corte de despesas e aumentos de produtividade, mudanças estratégicas ou reposicionamento, oportunidades de aquisição, bem como mudanças e melhorias de gestão³⁵. A criação de valor, nesse modelo, ocorre pelo real implemento de produtos, marketing, logística, fornecimento ou vendas, gerado com base nas habilidades setoriais específicas³⁶. Esse modo adentraria diretamente as áreas estratégicas relacionadas por Salomão Filho (2007). Contudo, Rauch, Umber e Furth (2012) consideram essa forma de atuação anomalia dos instrumentos clássicos dos fundos de *private equity*,

³³Ver RAUCH, C.; UMBER, M. P.; FURTH, S. Private Equity Shareholder Activism. *Social Science Research Network* — SSRN, 2012. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1929159>. Acesso em dez. 2012, p. 6.

³⁴Ver *Ibidem*, loc. cit.

³⁵Ver KAPLAN, S. N.; STRÖMBERG, P. Leveraged Buyouts and Private Equity. *Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh, v. 22, n. 4, season 2008. Disponível em <http://ideas.repec.org/p/nbr/nberwo/14207.html>. Acesso em out. 2012. Ver também CRESSY, R.; MUNARI, F.; MALIPIERO, A. Playing to their strengths? Evidence that specialization in the private equity industry. *Social Science Research Network* — SSRN, 2007. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=964367>. Acesso em out. 2012.

³⁶Ver RAUCH, C.; UMBER, M. P.; FURTH, S., *op. cit.*, p. 6.

sendo atípico que os fundos adentrem questões relacionadas ao *core business* das empresas do portfólio³⁷.

Por último, a intervenção de governança consiste em substituir administradores, redesenhar incentivos e melhorar a estrutura de governança corporativa³⁸. Demonstrações empíricas confirmam que esse seja o modo mais frequente e mais eficaz de atuação dos fundos de *private equity*. Primeiro, os fundos convocam reuniões de conselho com maior frequência e fiscalizam a atuação dos administradores de sorte a manter o foco desses na criação de valor³⁹. Segundo, os fundos substituem administradores ineficientes⁴⁰. Terceiro, os fundos promovem o alinhamento dos interesses dos administradores com os interesses dos acionistas, não só pelo monitoramento da administração, mas também por incentivos, como conceder aos administradores opções de compra de ações ou pequenas participações⁴¹. Assim como na engenharia operacional, nesse modo também haverá criação de valor possivelmente em decorrência de eficiências relacionadas ao mercado. Inclusive possivelmente com a destinação de capital a setores específicos, que Agmon e Messica (2009) explicam pela especialização nos desenho de incentivos e nas capacidades de *networking*⁴². A concentração pode ser também justificada em que determinados setores apresentam maiores atrativos para a operação, especialmente pelo crescimento acelerado. Entretanto, na intervenção de governança, ainda que realizada em setores específicos da econômica, o fundo de *private equity* cumpre o papel de propulsionar a administração — isto é, cria amplos incentivos para que os administradores promovam a criação de valor e grandes desincentivos a que as decisões sejam tomadas fora do interesse do acionista —, sem interferir diretamente no negócio principal da empresa investida e, portanto, sem adentrar as áreas concorrencialmente sensíveis.

³⁷Ver RAUCH, C.; UMBER, M. P.; FURTH, S. Private Equity Shareholder Activism. *Social Science Research Network — SSRN*, 2012. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1929159>. Acesso em dez. 2012, p. 6.

³⁸Ver também ACHARYA, V. V. et al. Corporate Governance and Value Creation: evidence from private equity. *Social Science Research Network — SSRN*, 2011. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1324016>>. Acesso em out. 2012.

³⁹Ver Gertner and Kaplan (1996), Acharya, Kehoe and Reyner (2008) or Cornelli and Karakas (2008) *apud* RAUCH, C.; UMBER, M. P.; FURTH, S., Private Equity Shareholder Activism. *Social Science Research Network — SSRN*, 2012. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1929159>. Acesso em dez. 2012, p. 5.

⁴⁰Ver Acharya, Hahn and Kehoe (2008) *apud Ibidem, loc. cit.*

⁴¹Ver Jensen (1989) and Kaplan (1989) *apud Ibidem, loc. cit.*

⁴²AGMON, T.; MESSICA, A. Financial Foreign Direct Investment: the role of private equity investments in the globalization of firms from emerging markets. *Management International Review*, v. 49, n. 1, p. 11-26, 2009. p. 13.

4. Conclusão crítica

Significa que a possível desconfiança com os resultados aparentemente inexplicáveis do *private equity* pode ser aplacada pela compreensão de como se dá a criação de valor nessas operações. Como os investidores não têm nenhuma garantia quanto ao retorno de seus investimentos, que depende dos resultados desenvolvidos pela investida⁴³, é razoável que os fundos busquem formas de resguardarem-se de uma possível má administração da empresa investida. Considerando que o objetivo é o ganho obtido com a revenda, é também razoável que desejem promover a melhoria dessa administração, se puderem, com isso, alcançar a valorização dos seus ativos. O grau de ativismo justifica-se pelo sucesso financeiro das empresas investidas. Os fundos de *private equity* mais ativistas têm efeito positivo no valor dos ativos no longo prazo, comparativamente com empresas investidas por atuação passiva. O ativismo torna-se, assim, desejável do ponto de vista econômico⁴⁴, mais especificamente o ativismo que gera valor, em vez do ativismo puramente causado pelo gerenciamento de resultados⁴⁵.

Enquanto o grau de ativismo seja desejável aos fundos de *private equity*, nem todos os modos de ativismo o são, ao menos do ponto de vista concorrencial. No sentido mais frequente, o ativismo pode ocorrer como monitoramento dos investimentos, como engenharia financeira ou como intervenção de governança, sem que implique nenhuma intervenção direta em questões comerciais, de pesquisa e desenvolvimento, investimento, produção ou vendas, isto é, sem que implique influência concorrencialmente dominante ou relevante, conforme as áreas citadas por Salomão Filho (2007). Contudo, o desvio desses instrumentos clássicos pode ensejar preocupações concorrenciais, especificamente quanto aos fundos de *private equity* que

⁴³Com exceção do investimento realizado por meio de debêntures.

⁴⁴Ver RAUCH, C.; UMBER, M. P.; FURTH, S. Private Equity Shareholder Activism. *Social Science Research Network — SSRN*, 2012. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1929159>. Acesso em dez. 2012, p. 7.

⁴⁵Sobre gerenciamento de resultados (*earning management*), Martinez (2008): “*Earnings management é equivalente a ‘gerenciamento’ dos resultados contábeis. As duas definições mais comuns na literatura para earnings management são de: i) SCHIPPER (1989): ‘... a purposeful intervention in the external financial reporting process, with the intent of obtain some private gain.’ e ii) HEALY e WAHLEN (1999): ‘earnings management occurs when managers use judgment in financial reporting to either mislead some stakeholders about the underlying economic performance of the company, or to influence contractual outcomes that depend on reported accounting numbers’*”. Ver MARTINEZ, A. L. Detectando Earnings Management no Brasil: estimando os accruals discricionários. *Revista Contabilidade & Finanças*, São Paulo, v. 19, n. 46, p. 7-17, jan./abr. 2008. Kaplan e Strömberg (2008) referem que alguns fundos se aproveitariam de brechas tributárias e informações superiores, sem criar valor, além de se beneficiarem de flutuações do mercado de débito e capitais. Ver KAPLAN, S. N.; STRÖMBERG, P. Leveraged Buyouts and Private Equity. *Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh, v. 22, n. 4, season 2008. Disponível em <http://ideas.repec.org/p/nbr/nberwo/14207.html>. Acesso em out. 2012.

operam com base em engenharia operacional⁴⁶. Somente esse último tipo de *private equity* não se subsumiria a uma isenção como a predita no projeto da lei brasileira, por contrariar o critério de não influenciar o *comportamento concorrencial* da empresa adquirida; como não se subsumiria à isenção europeia, por contrariar o critério de não exercer direitos políticos sobre as *estratégias comerciais* da empresa adquirida, e tampouco à isenção norte-americana, por contrariar o critério de não formulação, determinação ou direção das decisões relacionadas às *atividades básicas* da empresa investida.

Quanto ao *private equity* em sentido clássico, desde que diferenciado do seu congêneres ‘anômalo’, não parece haver prejuízo de que fosse isento do controle de estrutura. Isso se reforça com o fato já mencionado de que nenhum ato envolvendo fundo de *private equity* recebeu restrição no Brasil. Limitada a essa hipótese, considera-se possível que a isenção seja redesenhada na legislação ou mesmo nas normativas do Cade, como esperado pelo legislador e como a entidade já vem fazendo em outros casos de especificação do conceito de ato de concentração⁴⁷. Até que isso ocorra, seguirá obrigatória a notificação das operações de fundos de *private equity* conforme o faturamento dos grupos envolvidos.

5. Referências bibliográficas

ACHARYA, V. V. et al. Corporate Governance and Value Creation: evidence from private equity. *Social Science Research Network — SSRN*, 2011. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1324016>>. Acesso em out. 2012.

AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL — ABDI. *A Indústria de Private Equity e Venture Capital: Segundo Censo Brasileiro*. Brasília: Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial, 2011.

AGMON, T.; MESSICA, A. Financial Foreign Direct Investment: the role of private equity investments in the globalization of firms from emerging markets. *Management International Review*, v. 49, n. 1, p. 11-26, 2009.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PRIVATE EQUITY & VENTURE CAPITAL — ABVCAP. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DOS MERCADOS FINANCEIRO E DE CAPITAIS — ANBIMA. Código ABVCAP ANBIMA de Regulação e Melhores Práticas para o Mercado de FIP e FIEE. ANBIMA, 2012. Disponível em <<http://www.anbima.com.br/mostra.aspx/?op=o&id=63>>. Acesso em dez. 2012.

⁴⁶Merece consideração a iniciativa de autorregulação do setor, obrigatória para todas as instituições filiadas à ABVCAP e à ANBIMA e voluntária para as demais. O documento prevê elementos obrigatórios ao Regulamento do FIP/FIEE a descrição da política de investimento, com restrições operacionais, regulatórias e estratégicas, quando for o caso; Ver ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PRIVATE EQUITY & VENTURE CAPITAL — ABVCAP. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DOS MERCADOS FINANCEIRO E DE CAPITAIS — ANBIMA. Código ABVCAP ANBIMA de Regulação e Melhores Práticas para o Mercado de FIP e FIEE. ANBIMA, 2012. Disponível em <<http://www.anbima.com.br/mostra.aspx/?op=o&id=63>>. Acesso em dez. 2012.

⁴⁷Os artigos 9º e 10 da Resolução 2, de 2012, do Cade, criam regras complexas que dificilmente se possa dizer que estariam contidas no artigo 90 da Lei 12.529, de 2011.

BRASIL. CONGRESSO NACIONAL. Projeto de Lei de iniciativa da Câmara dos Deputados 3.937, de sete de julho de 2004. *Câmara dos Deputados*, 2011. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/>>. Acesso em out. 2012.

_____. Projeto de Lei de iniciativa da Câmara dos Deputados 3.937, de sete de julho de 2004. *Senado Federal*, 2011. Disponível em <<http://www.senado.gov.br/>>. Acesso em out. 2012.

CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Consulta Pública 1/2012: Minuta de Resolução sobre o Pedido de Aprovação dos Atos de Concentração Econômica*. Brasília. 2012.

_____. *Sessão Ordinária de Julgamento 482*. Brasília. 2010. Áudio disponível em <http://www.cade.gov.br/>.

_____. *Voto do Conselheiro Olavo Zago Chinaglia no Ato de Concentração 08012.011083/2010-15*. Brasília, p. 53-57. 2010. Requerentes American Securities LLC e Arizona Chemical Sweden Holding AB.

_____. *Voto do Conselheiro Relator Alessandro Octaviani Luis no Ato de Concentração 08012.009044/2011-39*. Gabinete do Conselheiro Alessandro Octaviani Luis. Brasília, p. 323-371. 2012. Requerentes Rio Bravo Energia I — Fundo de Investimento em Participações e Servtec Investimentos e Participações Ltda.

_____. *Voto Vista do Conselheiro Ronaldo Porto Macedo Júnior no Ato de Concentração 08012.006619/2001-90*. Brasília. 2002. Requerentes BancBoston Investments, Telefutura Inc e Telefutura Marketing. Relator Conselheiro Thompson Almeida Andrade.

FORGIONI, P. A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

KAPLAN, S. N.; STRÖMBERG, P. Leveraged Buyouts and Private Equity. *Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh, v. 22, n. 4, season 2008. Disponível em <http://ideas.repec.org/p/nbr/nberwo/14207.html>. Acesso em out. 2012.

MAGALHÃES E FERRAZ. *Notificação do Ato de Concentração 08012.006619/2001-90*. Brasília, p. 2-5. 2001. Requerentes BancBoston Investments Telefutura Inc. Lit Tele Ltda e Telefutura Telemarketing S.A.

MARTINEZ, A. L. Detectando Earnings Management no Brasil: estimando os accruals discricionários. *Revista Contabilidade & Finanças*, São Paulo, v. 19, n. 46, p. 7-17, jan./abr. 2008.

NOVIS, M. E. Opinião: o Cade e os fundos de investimento. *Valor Econômico*, São Paulo, dez. 2008.

RAPID. A Comissão autoriza a aquisição da Burger King pelos investidores norte-americanos TPG III, Goldman Sachs e Bain Capital Investors. *Europa*, 2002. Disponível em <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-02-1461_pt.htm>. Acesso em nov. 2012.

RAUCH, C.; UMBER, M. P.; FURTH, S. Private Equity Shareholder Activism. *Social Science Research Network — SSRN*, 2012. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1929159>. Acesso em dez. 2012.

SALOMÃO FILHO, C. *Direito Concorrencial: as condutas*. 1a. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

_____. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2a. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TAUFICK, R. D. *Nova Lei Antitruste Brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. 1a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

UNITED STATES OF AMERICA. FEDERAL TRADE COMMISSION — FTC. Biglari Holdings, Inc., to Pay \$850,000 Penalty to Resolve FTC Allegations That it Violated U.S. Premerger Notification Requirements. *FTC*, 2012. Disponível em <<http://www.ftc.gov/opa/2012/09/biglari.shtm>>. Acesso em dez. 2012.

A nova lei da concorrência e o impacto de suas mudanças nas análises de atos de concentração pelo Cade

Julia Mendes de Carvalho¹

RESUMO:

O presente trabalho versa sobre o Direito da Concorrência e o exercício de sua defesa com relação aos atos de concentração após a promulgação da Lei 12.529/2011, a nova Lei da Concorrência. Busca-se compreender como a promulgação da nova Lei da Concorrência impactou o processo de instrução e análise de atos de concentração, além de entender se estas mudanças trouxeram melhorias no papel estratégico na gestão do mercado nacional. Após as reflexões geradas e análise dos dados, conclui-se que a nova Lei da Concorrência aumentou a eficiência na instrução e análise dos atos de concentração e que, de fato, contribui para a maior eficácia do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Palavras - chave: Lei da Concorrência, Atos de concentração, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Cade.

ABSTRACT:

This paper studies the Competition Law and the exercise of its defense regarding mergers after the enactment of Law 12.529/2011, the new Competition Law. The research seeks to comprehend how the enactment of the Law impacted the instructional process and analysis of mergers, and understand if these changes have resulted in improvements in the strategic management of the domestic market. After analyzing the changes and impacts, it is concluded that the new Competition Law had some increase in its efficiency in instruction and analysis of the merger and that, in fact, it contributes to the greater efficiency of the Brazilian System of Competition Defense.

Key words: Competition Law, Mergers, Brazilian Administrative Council for Economic Defense, CADE.

¹Pós-graduanda em Gestão Estratégica nas Organizações Públicas pela Faculdade Projeção. Bacharel em Relações Internacionais pelo Centro Universitário IESB e Bacharel em Letras Português-Japonês pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. As inovações nos requisitos para a notificação dos atos de concentração 3. As inovações no processo de instrução e análise dos atos de concentração 4. O impacto das mudanças geradas pela nova lei da concorrência na gestão do Cade 5. Considerações finais 6. Referências bibliográficas

1. Introdução

A atividade comercial, ao longo de sua história, colaborou para o surgimento dos conceitos de concentração e de concorrência. A partir da segunda metade do século XIX, com a ênfase no livre comércio, observa-se o surgimento de monopólios, grandes empresas ou grupos econômicos que concentravam uma parte relevante da produção ou da venda de determinadas mercadorias e dominavam boa parte do mercado em virtude de acordos feitos entre si. Este cenário contribuiu para o desenvolvimento de condutas e concentrações que prejudicavam o livre comércio e, desta forma, foi necessário desenvolver formas de defender a concorrência².

Desde a década de 1960, o Brasil assume esta necessidade e cria a autoridade da concorrência brasileira, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade. Em 1994, foi promulgada a Lei 8.884, que dispõe sobre as providências dos três órgãos da administração pública responsáveis pela defesa da concorrência: a Secretaria de Defesa Econômica - SDE, do Ministério da Justiça; a Secretaria de Acompanhamento Econômico - Seae, do Ministério da Fazenda e Cade, que também foi transformado em autarquia vinculada ao Ministério da Justiça.

A SDE realizava as funções de investigação de casos de conduta e de instrução de atos de concentração. Detinha, basicamente, a função inquisitória dos processos³. A Secretaria possuía diversas competências voltadas à defesa da livre concorrência e participava do SBDC com o Cade e a Seae com a responsabilidade de investigar condutas anticoncorrenciais e instruir processos administrativos. Já a Seae detinha a competência principal de elaborar pareceres sobre atos de concentração econômica e, eventualmente, sobre condutas anticoncorrenciais investigadas⁴.

O Cade era responsável pela função judicante, podendo, atipicamente, instruir casos de conduta ou atos de concentração. A entidade tinha a competência de fiscalizar o cumprimento da lei e a concretização dos princípios constitucionais da liberdade de iniciativa, livre

²GABAN, E.; DOMINGUES, J. *Direito Antitruste*, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

³GIANNINI, A. *et al.*; ANDERS, E.; PAGOTTO, L.; BAGNOLI, V. (Cord.). *Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

⁴*Ibidem*.

concorrência, além de garantir a função social da propriedade, a defesa do consumidor e a repressão ao abuso do poder econômico⁵. Com a principal função sendo o julgamento final de tais casos, acreditava-se que esta divisão tríplice resguarda os princípios constitucionais do processo legal e da ampla defesa⁶.

Entretanto, a lei não conseguiu acompanhar totalmente as rápidas e complexas evoluções advindas do processo de globalização entre os anos 1990 e 2011, o que gerou um grande estoque de casos a serem julgados pelo Cade. Críticas ao sistema se multiplicaram. Dentre elas, afirmava-se que a legislação possuía pontos obscuros, de interpretação confusa, e que o sistema demorava longos períodos para concluir seus processos. Desta forma, em 30 de novembro de 2011, foi promulgada a Lei nº 12.529, que reestruturou todo o SBDC, buscando melhorar sua eficiência e a eficácia da lei.

Com a Lei nº 12.529/2011, em vigência a partir de 29 de maio de 2012, a Seae foi mantida na estrutura do sistema, mas com a competência de desenvolver e realizar trabalhos que promovem a concorrência. Por meio da advocacia da concorrência, a Seae realiza eventos que fomentam a difusão do direito da concorrência tanto em nível privado quanto em nível governamental e dentro da sociedade civil⁷.

A SDE foi excluída do sistema de defesa da concorrência, concentrando apenas a competência de defesa do consumidor. Suas competências relativas às funções de investigação e instrução tanto de atos de concentração quanto de atos de conduta foram transferidas ao novo Cade⁸.

Sob duras críticas devido à concentração de competências, o Cade foi o maior afetado pelas mudanças trazidas pela nova Lei da Concorrência. A autarquia passou a ser formada por três organismos diferenciados para exercer cada função.

Primeiramente, o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica seria responsável pelo julgamento em última instância administrativa dos casos de conduta e atos de concentração em rito ordinário ou rito sumário quando avocados por ele mesmo⁹.

⁵SILVINO, A. A nova dinâmica de processamento dos atos de concentração no Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a reforma no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. *Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade*. Fides, Natal, v.4, n. 1, jan/jun. 2013.

⁶GIANNINI, A. *et al.*; ANDERS, E.; PAGOTTO, L.; BAGNOLI, V. (Cord.). *Op.cit.*

⁷*Ibidem.*

⁸*Ibidem.*

⁹BRASIL, Lei 12.529/2011, Seção II – Do Processo Administrativo no Tribunal; Seção III – Do Recurso contra Decisão de Aprovação do Ato pela Superintendência-Geral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 24 jul 2013.

A Superintendência-Geral passou a exercer a função inquisitória advinda da SDE, pela investigação e análise de casos de conduta e atos de concentração, e judicante para processos de rito sumário¹⁰, mas somente em caso de aprovações sem restrições.

O Departamento de Estudos Econômicos é o último organismo integrante e contribui com estudos de alta complexidade que busca suprir a necessidade de pesquisas que favoreçam o melhor entendimento de áreas específicas do mercado, além de servirem de suporte para investigações da Superintendência-Geral e as decisões do Tribunal no que tange casos de conduta e controle de atos de concentração¹¹.

A defesa da concorrência se divide em dois tipos de controle: comportamental e estrutural. Os controles comportamentais relacionam-se às condutas adotadas pelas empresas. Já os controles estruturais aplicam-se aos atos de concentração e ambos são complementares¹².

O estudo do direito da concorrência é de extrema relevância nacional e serve de escopo para diversas pesquisas e como tema principal para publicações, como a Revista de Defesa da Concorrência do Cade. Desta forma, esta pesquisa busca compreender como algumas inovações que a Lei nº 12.529/2011 impactaram o processo de instrução e análise de atos de concentração e se estas mudanças trouxeram melhorias no papel estratégico na gestão do mercado nacional.

2. As inovações nos requisitos para a notificação dos atos de concentração

Uma grande mudança entre a Nova Lei da Concorrência e a Lei nº 8.884/1994 foi o estabelecimento de limiares para a exigência de notificação de um ato de concentração. No âmbito desta lei, todo “ato, sob qualquer forma manifestado, que [possa] limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, [deve] ser submetidos à apreciação do Cade¹³”. Neste caso, atos de concentração econômica que implicassem a participação de empresa ou grupo de empresas resultante em vinte por cento de um mercado relevante, ou quando qualquer dos

¹⁰Ibidem.

¹¹CARVALHO, V.; LIMA, T. A Nova Lei da Concorrência Brasileira: comentários sob uma perspectiva histórico-institucional. *Publicações da Escola da AGU: A Nova Lei do Cade*. Ano IV, n. 19 (jul/2012). Brasília: EAGU – mensal.

¹²GABAN, E.; DOMINGUES, J. *Direito Antitruste*, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

¹³GIANNINI, A. *et al.*; ANDERS, E.; PAGOTTO, L.; BAGNOLI, V. (Cord.). *Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 274.

participantes tivesse registrado faturamento bruto anual, no último balanço, equivalente a quatrocentos milhões de reais¹⁴.

Entretanto, devido à falta de clareza, discutiam-se quais operações deveriam ser submetidas às autoridades de defesa da concorrência: se todas, indiscriminadamente, ou somente as operações que se encaixavam nos critérios de porcentagem ou do faturamento bruto anual do último balanço. Era necessária que a jurisprudência do Cade estabelecesse claramente qual deveria ser a interpretação utilizada e também apreciasse inúmeros recursos a multas aplicadas pela intempestividade, quando a notificação ocorria após o prazo limite¹⁵.

Não obstante, criticava-se o critério de faturamento estabelecido, pois ele era aplicado a qualquer dos participantes da operação, mesmo se o ato de concentração ocorresse entre uma grande empresa, que atendesse a esse critério, e uma de representação irrelevante para o mercado e para o faturamento do grupo comprador. Isso resultou em um elevado número de submissões na década de 2000¹⁶.

A Lei nº 12.529/2011 inova, primeiramente, ao induzir a definição de atos de concentração econômica como atos que modificam a estrutura de um determinado mercado com relevância seja horizontal ou vertical, em que “haja a unificação total dos centros de poder, ou seja, a aquisição de um poder determinante na atuação do outro agente econômico¹⁷”, especificando-os, por meio de seu artigo 90, quatro operações que detêm a classificação de ato de concentração:

- I – 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;
- II- 1 (uma) ou mais empresas a adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações. Quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;
- III – 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou
- IV – 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*¹⁸.

Entretanto, deve-se observar que o inciso IV não será considerado ato de concentração quando sua motivação for a participação em licitações promovidas pela administração pública direta e aos contratos delas decorrentes¹⁹.

¹⁴GIANNINI, A. *et al.*; ANDERS, E.; PAGOTTO, L.; BAGNOLI, V. (Cord.). *Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

¹⁵Ibidem.

¹⁶Ibidem.

¹⁷Ibidem. p. 294.

¹⁸ROQUE, D. A notificação obrigatória dos atos de concentração no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: principais mudanças advindas do início da vigência da Lei nº 12.529/2011. *Publicações da Escola da AGU: A Nova Lei do Cade*, nº 19. Brasília: EAGU, 2012.

¹⁹Ibidem.

Ademais, a lei também inova em eliminar o critério de participação de mercado e ao apresentar limites mais objetivos para a obrigatoriedade de notificação e exigir que os limites sejam atendidos pelas duas partes envolvidas no ato. Estes limites dependem do faturamento bruto anual, no último balanço, ou volume de negócios total no país, no ano anterior à operação de R\$ 750.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) para uma das partes e R\$ 75.000.000,00 (trinta milhões de reais) para a outra²⁰.

A nova Lei da Concorrência também é mais rigorosa ao estabelecer hipóteses de proibição de atos de concentração, pois, além de se preocupar com a eliminação da concorrência, demonstra atenção com a criação ou reforço da posição dominante. Somente podem ser aprovados atos de concentração que geram um aumento de posição dominante se houver aumento concomitante da produtividade ou competitividade, melhora na qualidade de bens ou serviços, desenvolvimento tecnológico ou econômico e que grande parte destes benefícios seja repassada aos consumidores²¹.

Além das mudanças citadas para instrução de um processo de ato de concentração, do mesmo modo houve mudanças relevantes com relação ao regime de notificação e ao tempo-médio de análise dos casos, como poderá ser visto no capítulo a seguir.

3. As inovações no processo de instrução e análise dos atos de concentração

Segundo Gaban e Domingues²², atos de concentração são “as operações empresariais que alteram ou podem alterar a concorrência no mercado”. A Lei 8.884/1994 estabelece um regime de notificação de operações de atos de concentração *a posteriori*, em que, embora a empresa pudesse notificar previamente, o prazo máximo de 15 dias úteis após a efetivação da concentração era o que acontecia normalmente.

Isto permite que as operações empresariais ocorram e sejam implementadas independentemente da análise e pronunciamento da agência de defesa da concorrência. Além disso, havia dispendioso gasto de recursos e tempo no controle intempestivo das notificações apresentadas e na busca de obtenção de meios legais que evitassem ou postergassem a

²⁰CARVALHO, V.; LIMA, T.; *Op.cit.*

²¹GIANNINI, A. *et al.*; ANDERS, E.; PAGOTTO, L.; BAGNOLI, V. (Cord.). *Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

²²GABAN, E.; DOMINGUES, J. *Direito Antitruste*, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012. p. 119.

integração de negócios que, do ponto de vista da Administração, poderiam trazer algum tipo de limitação ou prejuízo à livre concorrência ou favorecer a dominação de mercados²³.

Para a aprovação de um ato de concentração na esfera da Lei 8.884/94, primeiramente era necessário requerê-la burocraticamente. Dever-se-ia apresentar o requerimento à SDE, à Seae e ao Cade, acompanhado de documentos que comprovassem os dados da empresa, a determinação do mercado relevante, a determinação da participação e controle de mercado, a probabilidade do exercício do poder de mercado, a análise das eficiências produzidas pela operação e a avaliação dos custos e benefícios resultantes ao bem-estar social²⁴.

As informações detalhadas e específicas ainda seriam analisadas pela SDE e pela Seae para serem corroboradas. Esta análise minuciosa tornava o relacionamento entre partes e autoridades instável, com a frequente ocultação de informações relevantes pelas partes e com a evidente desconfiança dos agentes públicos em relação aos agentes do ato de concentração²⁵. Em caso de não aprovação, a concentração deveria ser desfeita, o que traria altos custos para a reversão das operações, que poderiam ocorrer após anos de efetivação do ato e da estabilização da nova sociedade²⁶.

Uma vez que o prazo máximo de análise era de 90 dias (30 dias na Seae e 60 no Cade), quando qualquer informação fosse requerida pelo Cade, SDE ou Seae, havia suspensão dos prazos até o recebimento dos dados e continuidade da devida instrução processual (mecanismo *stop-the-clock*). Em sua grande maioria, os atos de concentração levavam em média 154 dias para serem analisados, embora estivessem dentro do período estabelecido pela lei²⁷.

Para aprovação de um ato de concentração no âmbito da Lei 12.529/2011, o processo também é minucioso como o anterior. Entretanto, altera a relação entre partes e autoridade uma vez que a nova lei exige a notificação *a priori*. Isso quer dizer que o ato somente será eficaz no mercado após o pronunciamento do Cade. Por isso, é de grande interesse das empresas colaborar com todas as informações e dados necessários para a análise dos impactos de cada operação sobre os mercados e sobre o consumidor, para dar celeridade ao processo.

²³GIANNINI, A. *et al.*; ANDERS, E.; PAGOTTO, L.; BAGNOLI, V. (Cord.). *Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

²⁴GABAN, E.; DOMINGUES, J. *Direito Antitruste*, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁵GIANNINI, A. *et al.*; ANDERS, E.; PAGOTTO, L.; BAGNOLI, V. (Cord.). *Op.cit.*

²⁶GABAN, E.; DOMINGUES, J. *Op.cit.*

²⁷CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Com nova lei, tempo médio de análise de atos de concentração é de 25 dias*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?2215e533c258ac7680cd9fb380c4>>. Acesso em: 19 jul 2013.

No outro lado, o Cade transfere os recursos que eram direcionados às análises de tempestividade para contribuir para que a análise seja feita o mais brevemente possível²⁸.

Atualmente, o prazo de análise não sofre interrupção, o prazo máximo para análise de uma operação não pode superar os 330 dias, já contando as possibilidades de prorrogação²⁹. Entretanto, após a implementação da nova lei, houve uma diferenciação entre os ritos ordinários, de trâmite normal, e sumário, ou *fast track*, com processo simplificado. As operações que apresentarem um risco considerado baixo para a competição no mercado são aprovadas pelo rito sumário, levando, em média, um período de 25 dias para serem concluídas³⁰. As que se encaixam no rito ordinário, consideradas de maior complexidade pela Superintendência-Geral, seguem o prazo máximo de 240 dias, prorrogáveis por até 90 dias³¹.

A necessidade de acompanhar a evolução complexa do mercado exigiu a promulgação da Lei 12.529/2011 visando à renovação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Por meio de uma comparação superficial entre atos de concentração e análise de estatísticas oficiais é possível observar alguns dos impactos gerados e averiguar se estas mudanças influenciaram para aumentar a eficiência e eficácia da lei.

4. O impacto das mudanças geradas pela nova lei da concorrência na gestão do Cade

As mudanças geradas pela nova Lei da Concorrência vistas até o momento, embora recentes, já causam grandes transformações no processo de instrução e análise de atos de concentração.

Desde maio de 2012, após a lei entrar em vigor, foram notificados 250 atos de concentração sob a égide da nova lei e 140 atos ainda sob o regime da antiga lei. Destes 390 atos de concentração, 238 eram de baixa complexidade e foram decididos diretamente pela

²⁸GIANNINI, A. et al.; ANDERS, E.; PAGOTTO, L.; BAGNOLI, V. (Cord.). *Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

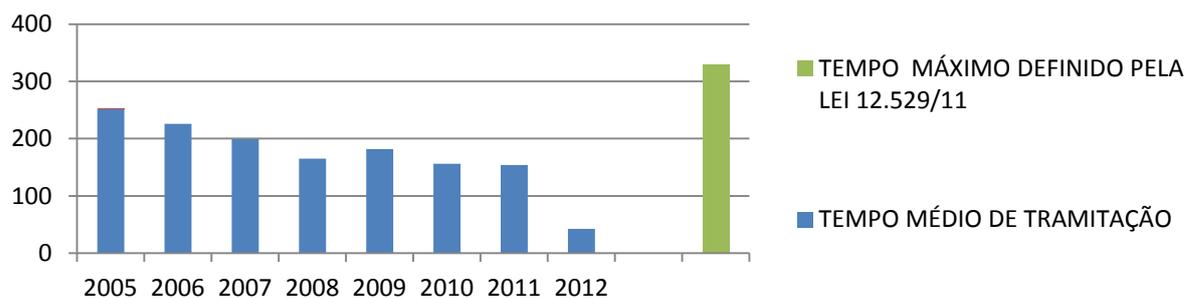
²⁹Ibidem.

³⁰CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Com nova lei, tempo médio de análise de atos de concentração é de 25 dias. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?2215e533c258ac7680cd9fb380c4>>. Acesso em: 19 jul 2013.

³¹BRASIL, Lei nº 12.529/2011, Título VII – Do Controle de Concentrações, Capítulo I – Dos Atos de Concentração, Art. 88, §2º “O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda”. §9º “o prazo mencionado no §2º deste artigo somente poderá ser dilatado: I- por até 60 (sessenta) dias, improrrogáveis, mediante requisição das partes envolvidas na operação; ou II- por até 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, em que sejam especificados as razões para a extensão, o prazo da prorrogação, que será não renovável, e as providências cuja realização seja necessária para o julgamento do processo”. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 24 jul 2013.

Superintendência-Geral, em rito sumário, com tempo médio de 19,4 dias para conclusão da análise. Dentre os 21 casos em rito ordinário, o tempo médio para a conclusão foi de 69,8 dias³².

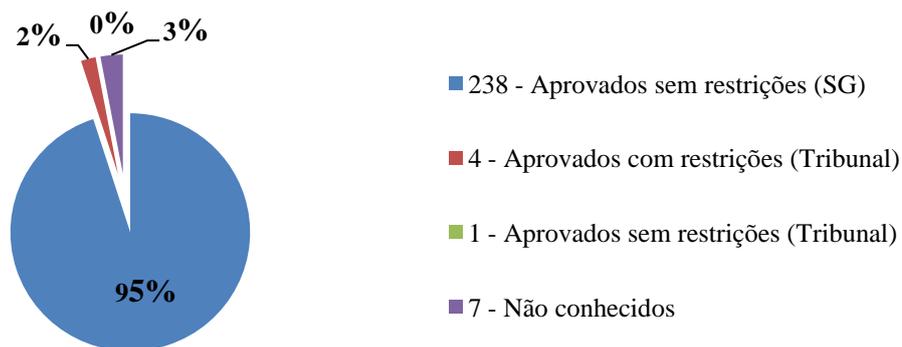
Ao observar o gráfico infra é possível ver o impacto gerado pela mudança legislativa no período necessário para a realização do trâmite.



Fonte: Cade, 2013³³

Além disso, durante a transição das leis, havia um estoque remanescente da antiga lei de 382 atos de concentração. Atualmente, com o aumento dos limiares, o aprimoramento do rito sumário e a diminuição do tempo médio de tramitação, este número caiu para 62 atos³⁴.

A autonomia dada à Superintendência-Geral (SG) de julgar atos de concentração também foi de suma importância para a maior eficiência do processo, já que a maioria dos atos de concentração é concluída pelo rito sumário conforme se observa a seguir.



Fonte: Cade, 2013³⁵

³²CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Com nova lei, tempo médio de análise de atos de concentração é de 25 dias*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?2215e533c258ac7680cd9fb380c4>>. Acesso em: 19 jul 2013.

³³CARVALHO, V. *Nova Lei do Cade: um balanço dos primeiros meses*. Novembro de 2012. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/18SeminarioConcorrenca/PALESTRAS/Vinicius%20Marques%20de%20Carvalho.pdf>>. Acesso em 22 jun 2013.

³⁴CARVALHO, V. *Um ano da Nova lei de defesa da concorrência (Lei 12.529/11)*. Julho de 2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Apresenta%C3%A7%C3%A3o%20Novo%20Cade%20-%20Senado%20-%20julho%202013.pdf>>. Acesso em: 22 jul 2013.

Como se pode inferir do gráfico acima, a maior parte dos atos de concentração notificada ao Cade é de baixa complexidade. Desta forma, são instruídos em rito sumário e, em sua maioria, aprovados sem restrições pela Superintendência-Geral e de forma mais célere. Caso haja maior grau de complexidade, a Superintendência-Geral poderá ofertar impugnação ao Tribunal, caso entenda que seja recomendável a reprovação, a aprovação com restrições ou que não haja elementos concludentes sobre os efeitos da operação no mercado³⁶.

Desta forma, restam ao Tribunal os casos de maior complexidade e que exigem maior atenção e tempo para análise. As leis antitrustes e concorrenciais e a autoridade de defesa da concorrência têm a função principal de “assegurar o livre funcionamento de uma estrutura de mercado, bem como a livre-iniciativa de seus agentes econômicos³⁷”, para que sejam protegidas as eficiências econômicas e o bem-estar do consumidor³⁸.

Para exemplificar a efetiva mudança ocorrida, pode-se observar, a seguir, a comparação entre atos de concentração de temáticas aproximadas, instruídos e julgados nos dois regimes jurídicos.

A princípio, dois casos envolvendo uma mesma parte, a TAM Linhas Aéreas S.A. No âmbito da Lei nº 8.884/1994, ato de concentração nº 08012.009497/2010-84, formalizado na SDE em 3 de setembro de 2010 e encaminhada ao Cade em 22 de agosto de 2011, consiste na associação entre a TAM e a LAN Airlines S.A., por meio de troca de ações entre as partes, criando a Latam Airlines Group S.A. O caso é relevante frente ao poder de mercado das companhias nos mercados regionais de Argentina, Brasil e Chile³⁹. Com a necessidade de realizar estudos sobre o impacto nos mercados em que as partes possuem participação, o ato de concentração demorou um total de 467 dias para ser julgado.

De outra parte, o ato de concentração nº 08700.010858/2012-49, sob égide da Lei nº 12.529/2011, formalizado em 12 de dezembro de 2012, que trata de contrato entre a TAM Linhas Aéreas S.A (integrante do grupo LATAM) e a American Airlines Inc., por meio do qual se designaram determinados voos para serem operados em código compartilhado para o transporte de passageiros. A operação é complexa, uma vez que envolve diversas

³⁵CARVALHO, V. *Balanço de 1 ano da nova lei de defesa da concorrência (Lei 12.529/11)*. Junho de 2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Balan%20C3%A7o%201%20ano%20nova%20lei%20%28consolidado%29.pdf>>. Acesso em: 22 jul 2013.

³⁶MORAES, R. Do processo administrativo no controle dos atos de concentração econômica. *Publicações da Escola da AGU: A Nova Lei do Cade*, nº 19. Brasília: EAGU, Julho 2012.

³⁷GABAN, E.; DOMINGUES, J. *Direito Antitruste*, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012. p. 124.

³⁸Ibidem.

³⁹Ato de concentração nº 08012.009497/2010-84 (TAM Airlines S.A. e Lan Airlines S.A.), 506ª SOJ, de 14/12/2011. p. 15. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000642521189.pdf>. Acesso em: 23 set 2013.

combinações de rotas nacionais e internacionais, interligando e impactando o mercado em quatro países: Estados Unidos, Canadá, México e Brasil. Entretanto, é uma operação de menor complexidade que a previamente apresentada, além de ser uma operação comum na indústria aérea e com diversas operações similares já implementadas e aprovadas pelo Cade. A operação levou 121 dias e foi aprovada pela Superintendência-Geral em 17 de abril de 2013⁴⁰.

Como exemplo de rito ordinário na Lei n° 8.884/1994, pode-se observar o ato de concentração n° 08012.006456/2012-06, que trata da aquisição, pela OEP Brasil Nutrição Participações Ltda, de ações da BS&C Empreendimentos e Participações S.A. representativas de 40,92% do capital social da empresa. Este ato foi formalizado em 28 de maio de 2012 na SDE e julgado pelo Tribunal do Cade em 15 de agosto de 2012, com duração total de 40 dias corridos⁴¹.

Em contraposição, cita-se o ato de concentração n° 08700.009303/2012-54, que trata a operação pretendida de investimento, por dois fundos de investimento em participações geridos pela Kinea Investimentos Ltda. (“Kinea”), em seis clínicas do Grupo Delfin, que prestam serviços de apoio à medicina diagnóstica por meio de exames de imagem nos estados da Bahia e do Rio Grande do Norte (“Clínicas Objeto”). O ato foi instruído em 31 de outubro de 2012 e teve despacho de aprovação da Superintendência-Geral publicado em 28 de novembro de 2012 (28 dias corridos)⁴².

Não obstante, observam-se dois casos de constituição de *joint venture*. O ato de concentração n° 08012.008113/2012-14 trata da formação de *joint venture* entre a Companhia Brasileira de Distribuição e a Dunhumby France. O ato foi formalizado na SDE em 2 de agosto de 2010, recebido no Cade em 27 de Agosto de 2010 e julgado em 22 de setembro de 2010, 51 dias após sua formalização⁴³. Na Lei n° 12.529/2011, o ato de concentração n° 08700.000568/2013-78 trata de constituição de *joint venture*, envolvendo a aquisição, pelo BTG Oil & Gas, de 50% do capital social de duas subsidiárias integrais brasileiras da Deep Sea (Deep Sea Navegação e Deep Sea Serviços) e a criação de empresas de embarcações holandesas, detidas em bases de 50/50 pela Deep Sea e BTG Oil & Gas. O ato foi formalizado

⁴⁰Ato de concentração n° 08700.010858/2012-49 (TAM Airlines S.A. e American Airlines Inc.), Despacho de decisão de 17/04/2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?6fcf23f53cd124f00314e178c8>>. Acesso em: 23 set 2013.

⁴¹Ato de concentração n° 08012.006456/2012-06. 4ª SO 18/8/2012. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000693781696.pdf>. Acesso em: 23 set 2013.

⁴²Ato de concentração n° 08700.009303/2012-54. 13ª SO, 12/12/2012. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000717081658.pdf>. Acesso em: 23 set 2013.

⁴³Ato de concentração n° 08012.008113/2010-14. 475ª SO, 22/09/2010. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000725631660.pdf>. Acesso em: 26 set 2013.

em 23 de janeiro de 2013 e aprovado em 21 de fevereiro de 2013, 29 dias após sua formalização perante o Cade⁴⁴.

Por último, observam-se os seguintes atos de concentração, ambos em rito sumário. O ato de concentração nº 08012.005900/2010-04, que trata de aquisição por parte da Thomson Reuters Serviços Econômicos Ltda. da totalidade das quotas da Editora Revista dos Tribunais Ltda., foi instruído em 4 de junho de 2010 pela SDE. Seu julgamento ocorreu em 1 de setembro de 2010, totalizando um período entre instrução e julgamento de oitenta e oito dias⁴⁵.

Após a entrada em vigor da nova Lei da Concorrência, o ato de concentração nº 08700.005200/2012-15, que trata da aquisição pela Canabrava Bioenergia Participações S.A. (CBPar) de unidade produtiva isolada (UPI) pertencente do Grupo Companhia Brasileira de Açúcar e Álcool. A operação envolveu a aquisição de todos os ativos e direitos relacionados à filial Santa Cruz localizada no município de Campos dos Goytacazes, no Rio de Janeiro. O processo teve início com o encaminhamento dos autos no dia 18 de julho de 2012 e o despacho da Superintendência Geral, publicado em 27 de julho de 2012, proferiu a decisão de aprovação sem restrições, totalizando um período de nove dias⁴⁶.

Apesar de ambos serem classificados como sumários, é possível observar, pela comparação entre eles, a clara eficiência advinda da nova lei.

Por meio do conteúdo mostrado anteriormente, é possível perceber que o novo método *a priori*, os novos limites e limites de tempo e a concentração das competências de três entidades em apenas uma, o Cade, aceleraram de fato a instrução e análise dos atos de concentração. Desta forma, a nova lei trouxe benefícios concretos, como um processo de instrução e julgamento mais célere e eficiente; e tem se mostrado em acordo com as diretrizes governamentais de desburocratização, eficácia e efetividade, uma vez que há economia em melhor emprego de recursos financeiros, humanos, além de contribuir para a melhora da imagem do SBDC nacional e internacionalmente. Isso demonstra que, embora possua pouco tempo de vigência, a nova lei, desde sua promulgação, gerou impactos positivos e substanciais para o melhor desempenho do SBDC.

Através das informações apresentadas, é possível observar que houve, efetivamente, uma melhora no processo de instrução, análise e julgamento dos atos de concentração pelo

⁴⁴Ato de concentração nº 08700.000568/2013-78. Despacho de aprovação em 21/2/2013. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000725631660.pdf>. Acesso em: 26 set 2013.

⁴⁵Ato de concentração nº 08012.005900/2010-04. 474ª SO, 1/9/2012. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000552771090.pdf>. Acesso em: 26 set 2013.

⁴⁶Ato de concentração nº 08700.005200/2012-15. Despacho de aprovação nº 025. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000706401334.pdf>. Acesso em: 26 set 2013.

Cade. Com a fixação de novos limiares, concentração de competências em um único órgão e mudança no sistema de notificação, há melhor emprego dos recursos humanos e materiais, que não mais se concentram em casos de baixa complexidade e/ou relevância. A redução de tempo de tramitação dos atos de concentração similares apresentados denota uma tendência de ganho de eficiência trazida pela nova lei.

5. Considerações finais

A necessidade de acompanhar a evolução do mercado, que se tornava cada vez mais complexo, exigiu a promulgação da Lei 12.529/2011 visando à renovação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Neste artigo foram apresentadas algumas inovações advindas desta lei: a reestruturação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a alteração dos limiares exigidos para a notificação de um ato de concentração, a instauração de um regime prévio de notificação destes atos, alguns resultados obtidos até o momento e seu impacto até o momento.

O processo de instrução de um ato de concentração não mais origina desconfiança entre partes e autoridade. Além disso, a definição de novos limiares como requisitos para a notificação favorece a análise de casos que efetivamente impactarão a livre iniciativa e a livre concorrência no mercado.

Ademais, a autoridade, agora com total autonomia sobre as questões relativas à defesa da concorrência, tem seus recursos, antes usados para verificação de dados das empresas, transferidos para a efetiva análise tanto deste tipo de procedimento como também de casos de conduta, beneficiando a atividade fim da entidade. Não obstante, percebe-se que as mudanças tornaram o processo de análise de atos de concentração mais eficiente, sendo realizado em tempo médio menor do que na lei anterior.

As comparações entre atos de concentração julgados na Lei nº 8.884/1994 e na Lei nº 12.529/2011 demonstram um aumento da eficiência na instrução e análise de atos de concentração com a queda do tempo médio de tramitação. Desta forma, conclui-se que a lei de fato está contribuindo para a maior eficácia do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, cooperando para a preservação dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que atinge e beneficia potencialmente o bem-estar do consumidor.

6. Referências bibliográficas

Textos Jurídicos:

BRASIL. *Lei nº 8.884*, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18884.htm>. Acesso em: 25 jun. 2013.

_____. *Lei nº 12.529*, de 30 de novembro de 2012. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 25 jun. 2013.

CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Resolução nº 15*, de 19 de agosto de 1998. Disciplina as formalidades e os procedimentos no Cade, relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2015,%20de%2019%20de%20agosto%20de%201998.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

_____. *Resolução nº 2*, de 29 de maio de 2012. Disciplina a notificação dos atos de que trata o artigo 88 da Lei nº 12.529, de 2011, prevê procedimento sumário de análise de atos de concentração e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%202_2012%20-%20An%C3%A1lise%20Atos%20Concentra%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2013.

_____. *Resolução nº 58*, de 22 de setembro de 2010. Cria rotina para controle da fidedignidade de informações prestadas nos autos de atos de concentração (“Programa Malha Fina”). Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/upload/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2058.pdf>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO. *Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50*, de 1º de agosto de 2001 - Estabelece princípios comuns para a sistematização e o aprofundamento da análise de atos de concentração econômica horizontal. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/legislacao>. Acesso em: 25 jul 2013.

Jurisprudência:

CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de concentração nº 08012.009497/2010-84* (TAM Airlines S.A. e Lan Airlines S.A.), 506ª SOJ, de 14/12/2011. p. 15. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D00000642521189.pdf>. Acesso em: 23 set 2013.

_____. *Ato de concentração nº 08700.010858/2012-49* (TAM Airlines S.A. e American Airlines Inc.), Despacho de decisão de 17/04/2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?6fcf23f53cd124f00314e178c8>>. Acesso em: 23 set 2013.

_____. *Ato de concentração nº 08012.006456/2012-06*. 4ª SO 18/8/2012. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D00000693781696.pdf>. Acesso em: 23 set 2013.

_____. *Ato de concentração nº 08700.009303/2012-54*. 13ª SO, 12/12/2012. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D00000717081658.pdf>. Acesso em: 23 set 2013.

_____. *Ato de concentração nº 08012.008113/2010-14*. 475ª SO, 22/09/2010. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D00000725631660.pdf>. Acesso em: 26 set 2013.

_____. *Ato de concentração nº 08700.000568/2013-78*. Despacho de aprovação em 21/2/2013. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D00000725631660.pdf>. Acesso em: 26 set 2013.

_____. *Ato de concentração n° 08012.005900/2010-04*. 474ª SO, 1/9/2012. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000552771090.pdf>. Acesso em: 26 set 2013.

_____. *Ato de concentração n° 08700.005200/2012-15*. Despacho de aprovação n° 025. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000706401334.pdf>. Acesso em: 26 set 2013.

Doutrina:

CARVALHO, V. *Nova Lei do Cade: um balanço dos primeiros meses*. Novembro de 2012. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/18SeminarioConcorrenca/PALESTRAS/Vinicius%20Marques%20de%20Carvalho.pdf>>. Acesso em 22 jun 2013.

CARVALHO, V.; LIMA, T. A Nova Lei da Concorrência Brasileira: comentários sob uma perspectiva histórico-institucional. *Publicações da Escola da AGU: A Nova Lei do Cade*. Ano IV, n. 19 (jul/2012). Brasília: EAGU – mensal002E

GABAN, E.; DOMINGUES, J. *Direito Antitruste*, 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

GIANNINI, A. et al.; ANDERS, E.; PAGOTTO, L.; BAGNOLI, V. (cord.). *Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

MORAES, R. Do processo administrativo no controle dos atos de concentração econômica. *Publicações da Escola da AGU: A Nova Lei do Cade*, n° 19. Julho 2012.

RAGAZZO, C. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 10, pp. 83-96, 2006.

SILVEIRA, Paulo Burnier da; OLIVEIRA, Giovanna Bakaj Rezende. A segunda década da Rede Internacional da Concorrência: os desafios da promoção da convergência na diversidade. *Revista de Defesa da Concorrência*, n° 1, Maio 2013, pp. 4-15.

SILVINO, A. A nova dinâmica de processamento dos atos de concentração no Conselho Administrativo de Defesa Econômica e a reforma no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. *Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade*. Fides, Natal, v.4, n. 1, jan/jun. 2013.

Documentos oficiais:

BRASIL, República Federativa do. *Nova Lei da Concorrência (Lei 12.529/11) 1 ano*. Junho de 2013. Disponível em: <[www.cade.gov.br/upload/Balanço 1 ano nova lei \(consolidado\).pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Balanço%201%20ano%20nova%20lei%20(consolidado).pdf)>. Acesso em: 19 jul 2013.

CADE, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Balanço de 1 ano da nova lei de defesa da concorrência (Lei 12.529/11)*. Junho de 2013. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/upload/Balan%201%20ano%20nova%20lei%20\(consolidado\).pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Balan%201%20ano%20nova%20lei%20(consolidado).pdf)>. Acesso em: 22 jul 2013.

_____. *Com nova lei, tempo médio de análise de atos de concentração é de 25 dias*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?2215e533c258ac7680cd9fb380c4>>. Acesso em: 19 jul 2013.

RAGAZZO, C. *Conduct Cases and International Cooperation*. Apresentação em PowerPoint utilizada em palestra apresentada no *Workshop on Competition Enforcement and International Cooperation*, ocorrido entre 20 e 22 de maio de 2013 no Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

Joint Ventures internacionais: particularidades e aspectos concorrenciais

Giovanna Bakaj¹

RESUMO:

A *joint venture* é fruto das necessidades de um mundo globalizado. Antes de ser um conceito jurídico, é um conceito econômico que impacta diretamente no mundo do direito. O presente trabalho tem como objeto o interessante campo das *joint ventures* internacionais, a partir de uma análise das suas particularidades e de seus aspectos concorrenciais. Inicialmente, são feitas digressões sobre cooperação internacional, logo depois, aborda-se o tema pesquisa e desenvolvimento, adentra-se nos aspectos concorrenciais e, por fim, traz-se à baila as questões relativas à lei aplicável à *joint venture* internacional e a eleição do foro pelos parceiros. Ao final, demonstra-se que a diferença entre *joint ventures* nacionais e internacionais reside no funcionamento e não na estrutura.

Palavras-Chave: *Joint venture*, *Joint venture* internacional, *Joint venture* nacional, Lei aplicável, Eleição de foro, Direito da Concorrência, Cooperação internacional.

ABSTRACT:

Joint ventures are considered to be an economic concept, instead of a legal one, and are extremely important for the survival of enterprises within our globalized world. This paper will analyse international joint ventures from a functioning point of view by presenting international cooperation aspects, as well as competition law, research and development, as well as applicable law aspects.

Key words: Joint venture, International joint venture, Applicable law, Competition law, International cooperation.

¹Graduada em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). E-mail: giovanna.bakaj@gmail.com.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Funcionamento das *joint ventures* internacionais 2.1. Cooperação internacional 2.2. Pesquisa e Desenvolvimento 2.3. Aspectos concorrenciais 2.4. Lei aplicável à *joint venture* e foro competente 3. Conclusão 4. Referências bibliográficas

1. Introdução

O fenômeno da globalização tem acarretado a remodelação das estruturas empresariais visando atender as exigências de consumidores que almejam produtos diferenciados, a preços competitivos e com qualidade. Vem surgindo uma nova ordem econômica mundial decorrente dos avanços tecnológicos nas redes de trabalho, conforme afirma Filos:

O mercado digital oferece novas e ilimitadas oportunidades para aqueles que operam através deste. Conceber essas novas oportunidades traz novos desafios. Os participantes no mercado digital constataam que para alavancar os benefícios dele derivados, as atitudes tradicionais e as perspectivas para realizar negócios precisam ser redefinidas²

O fator determinante da competitividade de uma empresa dinâmica é minimizar o tempo para criação e exploração de oportunidades e agregar serviços e opções aos seus produtos. Uma empresa que tem sucesso nesses fatores é recompensada pelo mercado, enquanto as que não tem sucesso acabam sendo deixadas de lado.

Diante desse panorama é essencial às empresas estarem aptas a antecipar as tendências do mercado, de forma a sobressair em relação aos demais concorrentes. Elas devem, portanto, ser proativas para criar novas oportunidades de clientes e devem estar aptas a dar respostas rápidas a oportunidades inusitadas³.

Dentre as estratégias para se adequar a um mercado com tais características, a cooperação empresarial surge como opção para incrementar a dinamicidade da sociedade empresária, tendo em vista que possibilita levar produtos ao mercado em menor tempo e com menor custo. Diversas são as formas de cooperação, e uma possível é a *joint venture*, objeto do presente estudo.

²FILLOS, E. Banahan. Will the organization disappear? The challenges of the new economy and future perspectives. In: *E-business and Virtual Enterprises: Managing, business-to-business, cooperation*, Kluwer Academic Publishers, 2001, p. 3 – 20. Apud: VIDOTTO, Rodrigo Silva. Uma visão sobre alianças estratégicas: consórcios, joint ventures e organizações virtuais. Disponível em: <http://www.ifbae.com.br/congresso2/pdf/trab27.pdf>. Acesso em: 30.06.2013.

³VIDOTTO, Rodrigo Silva. *Uma visão sobre alianças estratégicas: consórcios, joint ventures e organizações virtuais*. Disponível em: <http://www.ifbae.com.br/congresso2/pdf/trab27.pdf>. Acesso em: 30.06.2013.

As *joint ventures* internacionais são um meio de cooperação que permite o desenvolvimento, tanto às empresas que tem pouco capital para investimento ou *expertise* limitada, como àquelas que tem capital, mas falta o acesso a um mercado ou conhecimento da cultura de um local, por exemplo. Dessa forma, o empreendimento comum⁴ possibilita uma união de esforços para implementar um projeto específico de longa, média ou curta duração.

Apesar de inexistir consenso do conceito de *joint venture*, pode-se separá-las em diversos tipos, segundo características peculiares à criação e funcionamento do empreendimento comum. Dentre esses tipos, interessante e relevante ao presente trabalho é a distinção de *joint ventures* nacionais e *joint ventures* internacionais, essa última, objeto do presente trabalho.

Em geral, afirma-se que a *joint venture* nacional é aquela composta por parceiros de mesma nacionalidade, já as internacionais seriam aquelas em que os *co-ventures* possuem nacionalidades distintas.

Essa distinção, apesar de parecer lógica em um primeiro momento, pode ocasionar situações inusitadas no contexto internacional, pois em casos, por exemplo, em que dois sujeitos de mesma nacionalidade e residentes em países distintos celebrassem contrato de *joint venture*, a *joint venture* seria nacional. Outro caso interessante, ocorreria quando dois sujeitos de nacionalidades distintas residentes no mesmo país celebrassem um contrato de empreendimento comum, haveria uma *joint venture* internacional.

Diante das dificuldades apresentadas ao tentar-se conceituar as *joint ventures* internacionais como aquelas em que os *co-ventures* tem nacionalidades distintas, ou seja, de um ponto de vista mais estrutural, adotaremos um conceito que destaca os efeitos. Sendo assim, o conceito proposto é o de que *joint ventures* internacionais são aquelas em que os impactos são transnacionais. Em que, por exemplo, dois *players* de mesma nacionalidade se unem para implementar um projeto de exportação, de forma a gerar, necessariamente, impactos no mercado internacional, o que não exclui possíveis efeitos no mercado nacional.

A partir do mencionado conceito, buscar-se-á destacar o funcionamento especial das *joint ventures* internacionais, quando comparadas às *joint ventures* nacionais, lembrando que partimos do princípio de que, do ponto de vista estrutural, as semelhanças são maiores que as diferenças. Importa destacar que mencionada distinção entre estrutura e função encontra fundamento no autor Norberto Bobbio, o qual adota esse formato em uma de suas obras⁵.

⁴Adotamos o termo empreendimento comum como sinônimo de *joint venture*.

⁵BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2007.

Esse trabalho segue uma metodologia baseada no estudo comparado de doutrinas, legislações e perspectivas práticas das problemáticas analisadas.

2. Funcionamento das *joint ventures* internacionais

O estudo tradicional das *joint ventures* parece dar ênfase em seus aspectos estruturais, devido, talvez, às dificuldades de identificação de um conceito jurídico para uma noção, sobretudo, econômica, conforme já mencionado.

O presente trabalho, contudo, tem como objetivo ampliar a análise das *joint ventures*, a seus aspectos relativos a funções. Para tanto, inicialmente, estudaremos algumas particularidades das *joint ventures* internacionais relacionadas à cooperação internacional para, em seguida, apresentar a aplicação das *joint ventures* ao campo da pesquisa e desenvolvimento, os aspectos concorrenciais dos empreendimentos comuns e, por fim, as questões relacionadas à legislação aplicável e eleição de foro.

2.1. Cooperação internacional

O processo de produção de empresas engloba diversas atividades realizadas por uma sociedade empresária ou por contribuições sucessivas de diferentes empresas que vão acrescentando valor ao produto final. Dentre as fases do processo de produção está a concepção do produto, a produção, o estudo de mercado, a distribuição e, por fim, a prestação de serviço pós-venda.

As empresas, nesse processo de produção, podem desenvolver atividades similares, ou seja, que requerem as mesmas capacidades produtivas para a sua realização, ou complementares, quando diz respeito a fases separadas do processo global de produção que requerem distintas capacidades produtivas.

No sistema de economia de mercado as empresas buscam obter diversas vantagens competitivas e, para tanto, se utilizam de distintas estratégias. Nas últimas décadas as principais estratégias tem sido a concentração, mobilização e reforço de recursos em segmentos de mercados ou produtos.

Uma empresa que tem o seu processo de produção globalizado, por exemplo, e em que há a possibilidade de diminuir o custo médio de produção da unidade à medida que se aumenta a quantidade de unidades produzidas, tende a adquirir empresas que integram o

processo produtivo, por ser inferior ao custo de realização interna de determinada fase da produção. Sendo assim, há tendência às empresas se especializarem em determinadas atividades e adquirir empresas que realizem atividades complementares.

A estratégia de especialização, contudo, não deslegitima a estratégia de diversificação, a qual pode ser geográfica, vertical ou horizontal. Na diversificação geográfica a empresa expande a sua atividade a novos mercados geográficos, na horizontal a empresa tende a interiorizar as diferentes atividades que integram a cadeia produtiva visando, por exemplo, a convergência de padrões técnicos ou o domínio de tecnologias complementares em uma mesma linha de produção. Por fim, na diversificação vertical a empresa passa a realizar atividades distintas daquelas que tradicionalmente realizava. Nesse âmbito de diversificação há grande incentivo à cooperação interempresarial.

A teoria econômica tradicional leva em consideração tão somente a coordenação econômica de atividades complementares, que ocorre mediante trocas no mercado embasada em mecanismo de preço. Atualmente, contudo, “a estratégia de cada empresa não passa necessariamente pela concorrência com todas as outras empresas que intervêm no mesmo mercado.”⁶

Nesse contexto, a cooperação de empresas tem se destacado. Empresas concorrentes podem combinar seus recursos na realização de empreendimentos comuns sem a perda de individualidade jurídico-econômica.

No comércio internacional a cooperação interempresarial tem início na década de sessenta. Na Europa há um elevado número de acordos de cooperação celebrados entre empresas europeias e empresas de outros países, para sobreviver à concorrência extra-comunitária, principalmente. Nos países em desenvolvimento, as *joint ventures* foram impulsionadas por planos de industrialização que visavam a independência econômica.

Frequentemente, as multinacionais que celebravam acordos de cooperação tinham que se conformar com exigências dos Estados para acolher os investimentos. Usualmente, as empresas estrangeiras eram obrigadas a se associar a um parceiro local para realizar o empreendimento em um determinado país.

Em relação a investimentos estrangeiros, vários países industrializados favoreceram a associação de capitais estrangeiros a capitais locais, mediante a concessão de incentivos fiscais e benefícios financeiros. Alguns deles condicionavam o exercício de certas atividades econômicas básicas ou estratégicas à associação a um parceiro local. Nos países em que a

⁶PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Almedina: Coimbra, 2003, p. 50.

economia era fechada a investimentos estrangeiros, as *joint ventures* foram a fórmula encontrada para a abertura ao investimento estrangeiro. Como exemplo, há os países do Leste Europeu, os quais adotaram na década de sessenta os empreendimentos comuns para permitir a presença de investidores estrangeiros no país.

Houve reforço da tendência para a cooperação de empresas com a alteração no ambiente do comércio internacional, bem como com as inovações tecnológicas. Passou a haver um crescimento do comércio mundial e uma maior integração da economia mundial, ocorrendo uma globalização de investimentos e da produção de diversas empresas.

A tendência geral de evolução mostrou-se favorável a uma reorientação das políticas econômicas nacionais em direção aos princípios do mercado e à integração da economia mundial. Nos países industrializados, esta reorientação foi particularmente visível na liberalização dos mercados financeiros e do investimento estrangeiro directo, na privatização de empresas públicas e na desregulação dos serviços, em especial nas áreas dos transportes e das telecomunicações. Um grande número de países em desenvolvimento iniciou políticas orientadas ao mercado, tomando medidas para liberalizar o comércio e abrir as suas economias à concorrência internacional. Os processos de integração regional ganharam novo alento, designadamente na Europa com o início, em 1985, do Programa para o Mercado Único Europeu e a assinatura, no ano seguinte, do Acto Único Europeu; na América do Sul, com a criação do Mercado Comum do Sul (Mercosul) pelo Tratado de Assunção, assinado em 1991; e, na América do Norte, com a assinatura, em 1993, do North American Free Trade Agreement (NAFTA)⁷.

Nesse cenário houve o que se pode chamar de globalização das estratégias empresariais e, conjuntamente, uma maior importância do investimento estrangeiro directo no comércio internacional.

Atualmente, na estratégia internacional das empresas, não mais se adota um modelo de *joint venture* em que uma grande empresa estrangeira realiza uma parceria com um *player* do mercado local para entrar nesse mercado. Usa-se a *joint venture* como um instrumento para colaboração em diversas fases do processo produtivo como, por exemplo, a extração de matérias-primas, investigação e desenvolvimentos de novos produtos e não se restringe a um mercado nacional ou regional.

Para a cooperação internacional há, todavia, o obstáculo das diversas conformações jurídicas. Para solucionar os mencionados obstáculos analisam-se os sistemas jurídicos nacionais, mas, também utilizam-se princípios, regras e noções gerais de direito internacional.

Nesse ponto, faremos um recorte apenas sob o foco do Direito Internacional Privado e não do Direito Internacional Público.

⁷*Ibid*, p. 54.

O Direito Internacional Privado pressupõe uma pluralidade de ordens jurídicas estaduais com diversidade de regimes materiais. Nessas ordens jurídicas estaduais, por sua vez, há variação da delimitação entre atividades reguladas pelo Direito Público e aquelas objeto do Direito Privado, o que dificulta o estabelecimento do caráter privado no direito internacional.

Diante da regulação pelo Direito Internacional Privado dos empreendimentos comuns, cabe analisá-los, brevemente, como modo de conformação jurídica do investimento estrangeiro direto.

Há sistemas que apenas aceitam o investimento estrangeiro direto por *joint ventures* contratuais, ao contrário dos que aceitam o investimento pela formação de uma sociedade dotada de personalidade jurídica. Há, ainda, aqueles Estados que tem uma permissão genérica e irrestrita aos investimentos estrangeiros diretos e aqueles que não aceitam de forma alguma o investimento estrangeiro direto.

Podemos também dividir em sistemas de intervenção, em que o Estado intervém para disciplinar, condicionar ou promover o investimento estrangeiro, e sistemas de não-intervenção, em que não há intervenção do Estado. Os sistemas de intervenção, por sua vez, subdividem-se em sistemas de exclusão, de autorização e de mera declaração prévia.

Para os Estados que adotem o sistema de não-intervenção, o contrato de empreendimento comum como operação de investimento estrangeiro não implica na sujeição a regime específico de direito privado ou direito público, salvo em relação às formalidades estabelecidas pelo regime de investimento estrangeiro e aos direitos e obrigações decorrentes de contratos de investimento.

Após a análise da viabilidade jurídica da *joint venture* com o intuito de internacionalização da empresa é importante entender como tal instituto promove o crescimento econômico.

A *joint venture* possibilitará a expansão mercadológica em diversos segmentos geográficos e demográficos de forma rápida, tendo em vista que há o início quase imediato das operações, devido à existência de um *co-venture* local, usualmente. Dentre outras vantagens, ainda, há a cooperação entre concorrentes, o que também facilita o crescimento. Por fim, há redução do investimento a ser feito por cada empresa, do risco do empreendimento e dos custos fixos.

O contrato de empreendimento comum pode possibilitar, também, a “expansão ou extensão de produtos”⁸, na medida em que um empreendedor associa-se a outro com linhas de produtos ainda não saturadas e passa a atuar no mercado com novos produtos quase imediatamente. Isso é interessante no caso de um produto passar a ser obsoleto e ser necessária a sua substituição.

Estratégias de horizontalização ou verticalização também promovem o crescimento econômico da empresa. O contrato de *joint venture*, no caso de estratégia de horizontalização, possibilita a cooperação entre empresas de forma a expandir a atuação da empresa a novas áreas de mercado, porém em um mesmo setor de atividade. Já na horizontalização a criação de uma *joint venture* possibilita a associação entre todos os setores envolvidos na elaboração do seu produto, tais como os fornecedores de matéria-prima, os produtores do bem e os canais de distribuição.

As *joint ventures* podem, ainda, ser utilizadas para a aquisição ou disseminação de tecnologia com o intuito de aumentar a competitividade de seu produto. Pode o empresário aumentar a eficiência fabril, adquirir técnica de *design* ou utilizar marcas mundiais com o escopo de se tornar mais competitivo. O parceiro que transfere a tecnologia, por sua vez, tem a oportunidade de conquistar novos segmentos mercadológicos.

Após a implementação formal da *joint venture* passa-se à implantação do empreendimento comum em várias fases. Há a formação de uma estrutura técnico-administrativa do novo empreendimento, em seguida, há o início das atividades, passando-se de uma fase estratégica para adentrar em uma fase operacional. E, logo, busca-se a extração de recursos.

Nesse ponto, adentra uma questão de controle. Quando apenas uma empresa exerce controle de uma atividade, os recursos gerados são direcionados à cúpula do grupo, havendo, em seguida, um novo ciclo do processo de crescimento.

Nas *joint ventures* não é assim que ocorre, tendo em vista que o poder de gestão sobre o empreendimento é, usualmente, repartido entre os *co-ventures*. E é nesse ponto, que se encontra o ponto crucial para compreensão da dinâmica de crescimento da *joint venture*. Diante desse quadro, uma disputa pelo controle seria sobremaneira prejudicial. Portanto, desde que exista uma estratégia de atuação única na *joint venture*, possível será o crescimento do empreendimento comum.

⁸FERRAZ, Daniel Amin. Joint Venture e contratos internacionais. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p. 179.

O controle do empreendimento comum pode decorrer da posição majoritária de um dos *co-ventures* em virtude da própria estrutura de evolução da *joint venture*, tendo como ponto de partida o acordo-base.

Sendo um dos *co-ventures* majoritário, terá ele o controle efetivo do empreendimento comum. Ficará mais fácil viabilizar o controle da *joint venture*, pois aplicará a sua estratégia, mantendo o rendimento dos demais *co-ventures*.

A existência de *co-venture* majoritário é incomum, pois, geralmente, os *co-ventures* tem uma participação equilibrada no empreendimento comum. Nesse caso de inexistência de um controle efetivo por parte de um dos *co-ventures*, poderíamos ser levados a crer que não existiria uma forma única de atuação no seio da *joint venture*, o que poderia esvaziar o empreendimento comum em benefício da produção individual de cada *co-venture*. Ocorre que existe a estrutura técnico-administrativa, a qual tem esse papel essencial de possibilitar o crescimento do empreendimento comum, conforme segue:

É aí que entra o papel fundamental da tecnoestrutura (estrutura técnico-administrativa do empreendimento comum), para o crescimento econômico da *joint venture* em si mesma⁹.

A estrutura técnico-administrativa da *joint venture* não guarda qualquer relação direta com os *co-ventures*. Mencionada estrutura detém o controle operacional do empreendimento comum e somente a ele se dedica. Tem interesse no crescimento da empresa para o desenvolvimento da *joint venture* em si, e não dos *co-ventures*. Essencial nesse ponto é o acordo-base, o qual dá suporte à existência de um corpo administrativo forte e autônomo.

Esse mesmo corpo técnico-administrativo tem o dever de buscar os objetivos e a política comuns previstos no acordo-base. Sendo assim, é um importante instrumento a possibilitar o crescimento da *joint venture* e das estratégias de globalização.

Antes, todavia, da análise dos elementos *supra*, para a implementação do empreendimento comum, a escolha pela cooperação com outra empresa perpassa o dilema do individualismo/cooperativismo bem expresso no dilema do prisioneiro.

O dilema do prisioneiro é um dos primeiros modelos teóricos sobre o qual se estruturou a moderna teoria dos jogos. Sua estrutura é bastante simples: imagine-se dois prisioneiros, a serem interrogados pela prática do mesmo crime, e suponha-se que a cada um deles é dito que se confessar e delatar o outro será perdoado, e o outro terá a pena máxima (por hipótese, 20 anos), enquanto que, se ambos confessarem e delatarem, ambos terão a pena básica do crime (por hipótese, 10 anos). Por outro lado, se nenhum dos dois confessar serão aplicadas penas de 5 anos para cada um, relativas ao crime mais simples (por hipótese, único que é possível demonstrar sem a confissão). O comportamento estratégico individual leva ambos os

⁹*Ibid*, p. 185.

jogadores a confessarem. Essa é, seguramente, a melhor estratégia individual, pois, qualquer que seja o comportamento do outro jogador (e imaginando-se sempre que o outro jogador adotará uma estratégia individual), o comportamento mais conveniente será sempre confessar (pois, se o outro não confessar, o primeiro jogador estará livre e, se o outro confessar, o primeiro jogador terá evitado a pena máxima). O que ocorre é que, nesse caso, as estratégias individuais representam para os prisioneiros uma opção pior que o comportamento que visa à maximização da utilidade coletiva (que ocorreria se nenhum dos dois confessasse)¹⁰.

No dilema do prisioneiro, portanto, o que se contrapõe é a decisão individual e aquela tomada no interesse coletivo, e o que se deve analisar é a incapacidade das partes de cooperarem para obter a solução para os jogadores considerados.

Tendo como parâmetro o dilema do prisioneiro pode-se concluir que a solução cooperativa não é obtida, devido à impossibilidade de se saber qual será o comportamento a se esperar da outra parte o que acarreta um comportamento defensivo de um *player* em relação a outro.

Pelo estudo do dilema dos prisioneiros e da teoria dos jogos, sob o ponto de vista da cooperação, Calixto Salomão Filho afirma que “três são as condições mínimas para o sucesso de soluções cooperativas: pequeno número de participantes, existência de informação sobre o comportamento dos demais e existência de relação continuada entre os agentes”¹¹.

Diante de tais condições, Calixto Salomão Filho dispõe que a tendência a cooperar aumenta à medida que aumentar a importância da relação futura com a outra parte¹².

Ocorre que, atualmente, as condições são de difícil observação concreta, tendo em vista que as relações ocorrem entre diversos participantes, além da impessoalidade nas relações. Nesse contexto, portanto, a globalização tenderia a acentuar um individualismo.

Calixto Salomão propõe, então, que são necessárias instituições e valores que permitam a cooperação. Quanto às instituições, afirma que devem ser criadas apenas aquelas necessárias ao estabelecimento das condições ao surgimento da cooperação. Ao haver a implementação das condições, ocorre de forma natural o cumprimento das decisões econômicas apresentadas pelas instituições. Em um ambiente de cooperação há tendência ao cumprimento das regras e, em caso de descumprimento, os próprios participantes da relação fazem o controle.

Logo, no que diz respeito à cooperação, o mais importante é a criação de um ambiente institucional a ela propício e o direito é um dos caminhos para implementá-lo. O direito, nesse

¹⁰ FILHO, Calixto Salomão. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 97.

¹¹ *Ibid*, p. 98.

¹² *Ibid*, p. 99.

caso, deve ser utilizado para oferecer mais uma alternativa no campo econômico, ampliando as escolhas econômicas. O aparato jurídico deve, contudo, prevenir e punir casos em que a cooperação passa a ser uma forma de concentração econômica.

Não é distinto o panorama no âmbito da cooperação empresarial e, mais especificamente, nas *joint ventures* internacionais. Apesar de extremamente atrativas como forma de cooperação, devido a certos fatores, elas, frequentemente, não atingem a performance ideal. Em estudo¹³ realizado com financiamento do *International Finance Corporation* foram pesquisadas *joint ventures* entre empresas locais de países em desenvolvimento e companhias estrangeiras localizadas em países desenvolvidos para tentar entender as dificuldades de negociação para formação do empreendimento comum e aqueles que surgem após a implementação do empreendimento.

Inicialmente, houve o questionamento a administradores de *joint ventures* sobre a importância do acordo-base. A maioria dos administradores questionados opinou ser o acordo-base um elemento essencial para o estabelecimento de uma relação duradoura, pois acreditam ser uma parte essencial na construção de uma *joint venture* sólida. Outros administradores, contudo, não atribuíram tanta importância ao acordo-base por entenderem que nenhum contrato de empreendimento comum pode funcionar sem boa-fé e dedicação de ambas as partes envolvidas no projeto.

A pesquisa, todavia, não encontrou relação entre o tempo necessário para completar um acordo e a satisfação dos empreendedores com a operação.

A determinação do estrutura do capital a ser utilizado foi considerado elemento de grande importância e, concomitantemente, de difícil negociação. Outro ponto considerado de difícil implementação foi a definição do controle das *joint ventures*, tendo em vista que mesmo existindo um acionista majoritário, não há garantia de controle de todos os âmbitos de operação do empreendimento comum. A questão relativa às condições para transferência de tecnologia também foi considerada importante na negociação, sendo necessário definir qual tipo de tecnologia será transferida e sob quais termos será ela disponibilizada para o empreendimento comum.

Vários outros problemas surgem durante as negociações. Por exemplo, a definição do valor da contribuição de cada um dos empreendedores. Um dos empreendedores introduz uma nova tecnologia e o outro participa com um negócio que já foi implementado. Como definir o valor dessas contribuições? Como quantificar?

¹³KARMOKOLIAS, And Yannis. JASPERSEN, Fred. GLEN, Jack. MILLER, Robert. International Joint Ventures in Developing Countries. *Finance & Development*, march 1997, p. 26 - 29.

A questão relativa à obtenção de informações confiáveis durante as negociações é extremamente importante. Há países que, devido à não utilização dos padrões contábeis mundiais, por exemplo, acarretam a produção de informações que não refletem a realidade. Inverídicas as informações, podem, mais a frente, causar problemas ao empreendimento comum.

É importante que os *co-ventures* definam a forma de resolução de controvérsias, tendo em vista que em uma relação complexa e dinâmica como a *joint venture*, problemas são inevitáveis. Caso intransponíveis, deve estar prevista a forma de dissolução da sociedade, também.

Ponto importante de negociação na hora de formação da *joint venture* é aquele que diz respeito à administração do empreendimento comum. Há certos dados que indicam que o sucesso de uma *joint venture* está diretamente relacionado à não interferência dos *co-ventures* na administração do empreendimento comum¹⁴.

Nesse ponto, importante apontar que a não interferência do *co-venture* no empreendimento comum é algo difícil, tendo em vista que o *co-venture* funciona como um investidor e busca resultados. Sendo assim, mesmo existindo, por exemplo, um corpo de administração independente na *joint venture*, esse corpo administrativo acaba, de certa forma, estando subordinado aos parceiros que implementaram a *joint venture*.

A política de distribuição dos lucros é outro ponto sensível que deve ser levado em consideração na hora de estruturação da *joint venture*, tendo em vista que é um dos motivos determinantes para a realização de um empreendimento comum. Pode ocorrer de um dos empreendedores desejar expandir e ganhar mercado e o outro querer aumentar o volume de capital para poder implementar outras operações. Diante disso, há alto risco de eclosão de conflitos e, portanto, a negociação é o momento certo para contornar tais conflitos.

Após ultrapassar essas questões iniciais que podem surgir ao longo da negociação de um contrato de *joint venture* passa-se à análise dos problemas que podem surgir após o início da operação do empreendimento comum.

Um grande problema relaciona-se ao fator multinacional do empreendimento comum, tendo em vista que muitas das *joint ventures* em países em desenvolvimento envolvem grandes sociedades empresarias multinacionais que compõem outros empreendimentos comuns e tem subsidiárias integrais em vários outros países. Usualmente, do ponto de vista local, os parceiros locais são considerados grandes, todavia, quando comparados às

¹⁴*Ibid*, p. 27.

multinacionais pode-se dizer que são anos. Daí surgem dificuldades, tendo em vista que existem diferenças de objetivos dos dois tipos de sociedades empresárias. Enquanto o parceiro multinacional deseja que a *joint venture* tenha uma atuação que beneficie todo o seu império, o parceiro local pode desejar uma atuação voltada exclusivamente ao mercado local.

Diante de mencionado cenário podem surgir problemas relacionados a direitos de exportação, por exemplo, pois a multinacional tenderá a restringir a exportação do produto advindo da *joint venture* a locais em que já tenha atuação, enquanto o parceiro local enxerga o empreendimento comum como um veículo para expansão de seu negócio. De acordo com o estudo realizado com patrocínio do *International Finance Corporation* em grande parte dos acordos realizados, houve restrição a importações.

Problemas relacionados a incidência de impostos também são frequentes em *joint ventures* internacionais, especialmente quando o empreendimento comum importa partes ou componentes da multinacional ou exporta produtos pela *co-venture* multinacional. A multinacional pode manipular os preços de transferência de uma parte da multinacional para a outra, de forma a diminuir os impostos o que, nem sempre, ocorre no melhor interesse do *co-venture* local.

A questão relativa à distribuição dos dividendos e implementação de investimentos também é outra fonte de “dores de cabeça”. O parceiro multinacional pode, por exemplo, preferir receber os dividendos a reinvestir no empreendimento o que pode divergir da vontade do parceiro local, o qual poderá almejar reinvestir na *joint venture* de forma a acelerar a sua expansão, ou vice-versa.

A desproporcionalidade do tamanho dos parceiros do empreendimento comum também é fonte de questões turbulentas, pois a importância da *joint venture* para o parceiro local é distinta daquela relacionada à empresa multinacional, devido à sua dimensão. Além disso, os investimentos iniciais necessários a uma rápida expansão do empreendimento comum, usualmente, são de grandes proporções e, nem sempre, tem o parceiro local fôlego financeiro para implementar o investimento.

Por fim, problema que pode emergir na administração da *joint venture*, diz respeito às atitudes dos formadores do empreendimento comum. Por exemplo, uma alteração do controle do parceiro local em uma empresa familiar, em que o patriarca é sucedido por membro da família que não possui qualquer interesse em manter-se no empreendimento comum. Outras questões podem decorrer da divergência dos interesses dos parceiros em incrementar a linha de produção em relação a um determinado produto, enquanto o outro prefere manter a forma em que se encontra. Divergências em relação à obtenção de recursos materiais mais baratos

para a produção, em relação à retenção de tecnologia pela multinacional em detrimento da *joint venture* e, ainda, pela diversidade cultural dos parceiros.

Como se pode ver, diversos são os problemas relacionados à implementação e manutenção de um empreendimento comum. Sendo assim, interessante o seguinte trecho:

*Changing relationships. Joint ventures involve dynamic relationships, and it is almost impossible to foresee at the time of agreement just how underlying conditions might change. For example, learning takes place, and it can modify how one partner view the contributions of the other.*¹⁵

As *joint ventures* são dinâmicas e se estabelecem, em grande parte, de acordo com a vontade das partes. Sendo assim, é importante que se apresente no acordo-base previsões para solucionar, pelo menos, a maioria dos problemas que podem surgir durante a vida do empreendimento comum. Para tanto, é bom conhecer as experiências vividas no âmbito de outras *joint ventures* internacionais e que tipos de problemas apareceram no decorrer da aventura conjunta. Diante disso, o estudo realizado com fundos do *International Finance Corporation* (IFC) é muito relevante, tendo em vista que compila dados, a partir de experiências práticas, das principais questões a serem abordadas durante as negociações para criação de *joint ventures*, bem como os principais problemas que podem surgir com o seu funcionamento.

2.2. Pesquisa e Desenvolvimento

A pesquisa é essencial para o desenvolvimento empresarial, tanto para a produção de tecnologia, quanto para a produção de novos produtos e distribuição dos mesmos. Todavia, em alguns casos, uma empresa por si só, pode não ter os recursos necessários para fomentar um projeto de pesquisa e desenvolvimento. Nesse caso, a sociedade empresaria tende a cooperar com outra para gerar inovação e a *joint venture* é uma das formas de cooperação. A forma de associação mencionada é benéfica, pois se combinam atributos complementares das sociedades empresarias para se implementar um projeto específico.

No caso de *joint venture* criada para pesquisa e desenvolvimento, os parceiros tem de dar contribuições que vão além da concessão de fundos para realização do projeto. Há, sobretudo, o compartilhamento de riscos e custos de investimento, tecnologias e *know-how*,

¹⁵*Ibid*, p. 29. Tradução livre do Autor: Relações que se modificam. Joint ventures envolvem uma dinâmica das relações e é quase impossível prever no momento de firmar o contrato como as condições para sua implementação irão se transformar. Há, por exemplo, o aprendizado e isso pode ocasionar mudanças na forma como um parceiro vê o outro.

tudo com objetivo de expandir as capacidades de ambos os parceiros, além da própria *joint venture*.

As vantagens advindas dessa cooperação são diversas. É uma forma de prevenir pesquisa em duplicidade, além de ser uma forma mais eficiente de aplicação dos recursos escassos dos parceiros envolvidos. Há uma aceleração do advento de resultados da pesquisa, gerando inovações de forma mais rápida e a introdução de um novo produto no mercado de maneira acelerada.

É possível, ainda, que a pesquisa crie um novo produto ou possibilite o aparecimento de uma nova indústria. Além disso, beneficia os consumidores ao permitir o acesso a inovações de forma menos custosa e mais acelerada, por exemplo.

Um campo de ampla aplicação das *joint ventures* internacionais é o de desenvolvimento de fontes alternativas de combustíveis. Como exemplo há o empreendimento comum criado pela *Chevron Corporation* e a *Weyerhaeuser Company* com o intuito de desenvolver a próxima geração de biocombustíveis renováveis, por meio da conversão de biomassa proveniente de celulose, em biocombustíveis de baixa emissão de carbono. Nesse caso, houve a junção de forças de dois líderes do mercado de combustíveis, em que ambos contribuem com fundos, mas, sobretudo, com tecnologia e mão-de-obra qualificada. O impacto, nesse caso, é internacional, tendo em vista que a criação de novas fontes de combustíveis renováveis é uma agenda mundial.

Outro campo de aplicação do instituto das *joint ventures* é o farmacêutico, em que as pesquisas envolvem, usualmente, altos investimentos e, concomitantemente, riscos de não se obter o resultado desejado, além daqueles provenientes do registro de patentes. Um exemplo interessante nesse campo, é o *dajoint venture MSD Wellcome Trust Hilleman Laboratories*, a qual tem como *co-ventures* a *MSD Laboratories India LLC* e a *Wellcome Trust*. Nesse caso, há uma multinacional associada a uma sociedade empresaria indiana com o objetivo de desenvolver vacinas de alto impacto e preços acessíveis voltadas para países em desenvolvimento. Há, no caso, também, uma *joint venture* internacional, tendo em vista que as descobertas provenientes da pesquisa impactarão diversos países em desenvolvimento.

As *joint ventures* para pesquisa e desenvolvimento tem vários benefícios, conforme já mencionado, todavia há riscos a elas associados, pois os retornos são especulativos. Primeiramente, há dificuldade de prever o valor necessário de investimento. Há, ainda, incertezas quanto à produção de “inovação“. Por fim, problemas associados à transferência de tecnologias e a proteção ao conhecimento que está sendo transferido.

Apenas para finalizar, no caso de *joint ventures* voltadas à pesquisa e desenvolvimento, a estrutura do empreendimento comum não tende a assumir uma característica específica, todavia, a sua função transcende as barreiras nacionais. Maiores considerações sobre essa problemática, contudo, serão feitas apenas na conclusão.

2.3. Aspectos concorrenciais

Para trazer à baila os aspectos concorrenciais no âmbito das *joint ventures*, há uma interessante passagem da obra de Luís de Lima Pinheiro que vale a pena transcrever, conforme segue:

Nas ordens jurídico modernas são, assim, vários os planos de incidência de complexos normativos jurídico-públicos e de outros complexos normativos jurídico-econômicos sobre relações que se estabelecem entre particulares ou em que participam entes públicos agindo como particulares.¹⁶

O Direito da Concorrência é um exemplo de complexo normativo jurídico-público que incide sobre relações de empreendimento comum, pois ao celebrar um contrato de *joint venture*, empresas efetiva ou potencialmente concorrentes, podem eliminar ou restringir a concorrência. Trata-se de um contrato com visíveis efeitos econômicos.

Neste âmbito, portanto, tem de se buscar um equilíbrio entre a preservação das estruturas concorrenciais e as liberdades econômicas, bem como os interesses particulares que motivam a cooperação e concentração empresariais e os fins de política econômica favoráveis à cooperação econômica e integração de capitais.

Para se alcançar o equilíbrio tem de se encontrar os pontos em que os empreendimentos comuns podem acarretar problemas do ponto de vista concorrencial. Conforme Luís Pinheiro, pode-se dizer que as *joint ventures* suscitam problemas de Direito da Concorrência em dois planos distintos: “o dos meros acordos entre empresas independentes e o da formação de empresas comuns”¹⁷.

Apesar do contrato de *joint venture* não se encaixar, em geral, no que se pode definir por cartel, muitas vezes o fim e o objeto da colaboração empresarial podem implicar em restrição da concorrência e regulação do comportamento concorrencial, independentemente da intenção das partes nesse sentido. Além disso, as *joint ventures* internacionais podem, em tese, receber tratamento de “cartéis de exportação” da parte de outras jurisdições.

¹⁶PINHEIRO, Luís de Lima. Op. cit., p. 338.

¹⁷PINHEIRO, Luís de Lima. Op. cit., p. 341.

Na União Europeia são incompatíveis com o mercado comum acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que afetem o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objeto ou efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no mercado comum, conforme previsto no art. 101(1)¹⁸ do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

Conforme exposto, todavia, nem todos os contratos de empreendimento comum acarretam efeitos restritivos à concorrência. Sendo assim, o risco da ocorrência de tais efeitos surge apenas quando as empresas são potenciais concorrentes. Diante disso, pode-se apontar observação realizada na Comunicação da Comissão Europeia relativa aos acordos, decisões e práticas concertadas relativas à cooperação de empresas, emitida em 1968, segundo a qual não há efeitos anticompetitivos quando as empresas não estejam em concorrência em relação a seus produtos ou serviços ou, ainda, quando não tenham condições de executar individualmente as encomendas, dentre outros que estejam enquadrados nos contratos de empreendimentos comuns.

No art. 101(3)¹⁹ do Tratado de Funcionamento da União Europeia as disposições do art. 101(1) podem ser declaradas inaplicáveis a acordos ou categorias de acordos entre empresas que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos, para promover o progresso técnico ou econômico, e sem impor às empresas interessadas restrições que não sejam indispensáveis para atingir tais objetivos, nem dar a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência.

¹⁸ Art. 101 (1) TFUE: São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

- a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção;
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

¹⁹ Art. 103(3) TFUE: As disposições no n° 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,
 - a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e
 - a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas,
- que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:
- a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos;
 - b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

O fato dos acordos empresariais poderem ser positivos para os fins da União Europeia faz com que existam as concessões de isenções individuais a acordos concretos ou isenções a categorias de acordos²⁰.

Além disso, caso a cooperação implique na criação de uma empresa comum dever-se-á verificar a aplicabilidade das normas relativas ao controle de concentrações, ou seja, a regulação europeia de controle de concentração (Regulamento nº 139/2004 do Conselho Europeu).

O art. 3(4) da regulação europeia de concentração dispõe o seguinte:

4. A criação de uma empresa comum que desempenhe de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma constitui uma concentração na acepção do artigo 3(b)(1).

As concentrações que se enquadram no art. 3(4) são conhecidas como “*full-function joint ventures*“, aquelas que não forem “*full-function joint ventures*“ não são submetidas à regulação europeia de controle de concentração, mas podem ser submetidas ao art. 101 do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

As *full-function joint ventures*²¹ que tiverem uma dimensão comunitária tem de, necessariamente, fazer uma notificação prévia da operação. No caso das *partial-function joint ventures* não se tem que notificar pelo art. 101, tendo em vista que foi extinto pela Regulação nº 1/2003 o processo de notificação de acordos pelo art. 101 do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

No conceito de *full-function joint ventures* estampado no art. 3(4) o termo autonomia refere-se a autonomia operacional, ou seja, para que haja autonomia operacional a *joint venture* tem que ter recursos suficientes para ter uma administração independente dedicada à sua operação diária. Para tanto são necessários recursos humanos e financeiros próprios.

A *joint venture* não será *full-function* quando realizar uma das funções das empresas que realizaram o contrato de empreendimento comum.

A *joint venture* não será suficientemente autónoma quando as empresas que a constituíram tiverem forte presença como fornecedores ou compradores dos produtos do empreendimento comum. Isso, contudo, conforme a Comissão Europeia é possível durante um período inicial de, no máximo, três anos.

Em casos em que as vendas são realizadas durante um longo período de tempo para a empresa-mãe a Comissão Europeia irá avaliar se as empresas vendem mais de 50% do

²⁰PINHEIRO, Luís de Lima. Op. cit., p. 344.

²¹WISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. Oxford University Press: Oxford, 2012, p. 837.

produto para empresas que não compõem a *joint venture*. Caso cheguem à conclusão de que a maior parte das vendas é realizada no mercado, afirmarão, normalmente, que se trata de *full-function joint venture*.

Outro caso interessante apresenta-se no “*trade market*”, ou seja, no mercado em que o empreendimento comum se especializa na venda e distribuição de produtos sem que haja integração vertical com as empresas-mãe. Nesse caso, há, ainda, fontes de fornecedores diversas das empresas-mãe das *joint ventures* e a empresa pode ser considerada uma *full-function joint venture*, tendo em vista que tem como fornecedores empresas concorrentes àquelas que constituíram o empreendimento comum²².

Para que a *joint venture* caracterize-se como *full-function* ela tem que ser um empreendimento de longo prazo, mesmo que exista previsão contratual de dissolução do contrato no caso de desacordo entre os contratantes ou no caso de não ser bem sucedido o empreendimento.

Por fim, cabe esclarecer que quando existirem contratos acessórios entre as empresas que constituíram o empreendimento comum e a *joint venture* pode haver outras restrições, as quais poderão requerer análise sob o art. 101 do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

No Brasil, a lei que rege a defesa da concorrência é a Lei 12.529/2011. De acordo com a mencionada lei, algumas transações relacionadas a *joint venture* devem ser notificadas ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), de acordo com o faturamento anual bruto das sociedades empresárias envolvidas²³. Sendo assim, caso se cumpra os parâmetros do faturamento bruto anual, as partes devem notificar o Cade previamente à implementação da *joint venture*.

A lei, contudo, não provê muitas informações acerca dos parâmetros utilizados para análise de uma *joint venture*, tampouco sobre as informações que as partes podem compartilhar na fase de pré-formação do empreendimento comum e os limites a serem respeitados pelas partes na fase de implementação da *joint venture*, quando já aprovada pelo Cade.

²²*Ibid*, p. 838.

²³Portaria Interministerial n° 994, de 30 de maio de 2012: Art. 1o Para os efeitos da submissão obrigatória de atos de concentração a análise do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade, conforme previsto no art. 88 da Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011, os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no país passam a ser de:

I - R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso I do art. 88, da Lei 12.529, de 2011; e

II - R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) para a hipótese prevista no inciso II do art. 88, da Lei 12.529 de 2011.

Como se pode ver, no art. 90 da Lei 12.529/2011, há uma definição genérica dos tipos de transações que podem ser considerados concentrações, dentre eles está a *joint venture*:

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.

Em nossa legislação, distintamente daquela presente na União Européia, não há qualquer distinção entre *full-function joint venture* e as *cooperative joint ventures*, devendo ambas serem submetidas ao controle de concentrações, quando o requisito do faturamento bruto anual for preenchido. A única exceção encontra-se expressa no parágrafo único do art. 90 da Lei 12.529/2011 e ocorre quando há a criação de *joint venture* para participação em licitações públicas. Nesses casos, não se faz necessário notificar o Cade.

Importa tecer certas considerações acerca da caracterização do faturamento bruto anual da empresa. A notificação deve ocorrer quando uma companhia ou um grupo de companhias tiver alcançado faturamento bruto anual de mais de 750 milhões de reais e a outra companhia ou grupo de companhias obtiver um faturamento bruto anual de mais de 75 milhões de reais. Sendo assim, além de se levar em consideração os faturamentos ou volumes de negócios das companhias envolvidas nas operações, consideram-se os faturamentos ou volumes de negócios dos grupos econômicos dos quais fazem parte as companhias.

Para que se configure como grupo econômico, tem-se que analisar os parâmetros estabelecidos na Regulação nº 2/2012 do Cade, art. 4º, I e II.

Art. 4o Entende-se como partes da operação as entidades diretamente envolvidas no negócio jurídico sendo notificado e os respectivos grupos econômicos.

§1o Considera-se grupo econômico, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei 12.529/11 e do preenchimento dos Anexos I e II dessa Resolução, cumulativamente:

I – as empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo; e

II – as empresas nas quais qualquer das empresas do inciso I seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

§2º No caso dos fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico, cumulativamente:

I – os fundos que estejam sob a mesma gestão;

II – o gestor;

III – os cotistas que detenham direta ou indiretamente mais de 20% das cotas de pelo menos um dos fundos do inciso I; e

IV – as empresas integrantes do portfolio dos fundos em que a participação direta ou indiretamente detida pelo fundo seja igual ou superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.

Na regulação mencionada, em seu art. 8º, I²⁴, está prevista a hipótese de procedimento sumário em casos de *joint ventures* que não resultem em sobreposição horizontal ou integração vertical na nova sociedade. No mesmo art. 8º, contudo, determina-se que mesmo que haja sobreposição horizontal ou integração vertical na sociedade criada, pode haver procedimento sumário, tendo em vista os incisos IV e V, casos em que não há participação em um mercado relevante superior a 20%, ou seja, casos em que há irrelevância do ponto de vista concorrencial.

Outra resolução do Cade que se deve levar em consideração para formação de uma *joint venture* no país é a n° 1/2012, mais especificamente seu art. 108, §2º, que prevê que as partes que realizam operações que requerem notificação prévia devem manter estruturas físicas separadas e não podem modificar as condições concorrenciais até que o Cade profira uma decisão final, conforme segue:

Art. 108. O pedido de aprovação de atos de concentração econômica a que se refere o art. 88 da Lei no 12.529, de 2011, será prévio.

§2º As partes deverão manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a apreciação final do Cade, sendo vedadas, inclusive, quaisquer transferências de ativos e qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes.

Caso descumpram essa regra, pode-se aplicar multa de 60 mil reais a 60 milhões de reais e anular a operação, além de haver submissão a uma investigação por prática anticompetitiva (art. 88, §3º e §4º da Lei 12.529/2012²⁵).

As partes, portanto, que desejam formar a *joint venture*, devem ser extremamente cautelosas na fase inicial de negociação, tendo em vista que qualquer intercâmbio de informações sensíveis pode violar dispositivo da Lei 12.529/2012.

²⁴ Art. 8º São hipóteses enquadráveis no Procedimento Sumário, as seguintes operações:

I - Joint-Ventures clássicas ou cooperativas: casos de associação de duas ou mais empresas separadas para a formação de nova empresa, sob controle comum, que visa única e exclusivamente à participação em um mercado cujos produtos/serviços não estejam horizontal ou verticalmente relacionados;

²⁵ Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

§ 3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.

§ 4º Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no § 3º deste artigo.

Percebe-se que há menção às *joint ventures* na lei e nas resoluções. Não há, todavia, um *guideline* que mostre como será apreciada a notificação para formação de um empreendimento comum.

O que se sabe, portanto, é que em casos de *joint ventures* que não geram concentração horizontal ou integração vertical há um procedimento sumário de análise.

Nos casos que não são submetidos ao procedimento sumário, analisa-se, nos casos de *joint ventures* entre competidores, a possibilidade de redução do nível de rivalidade entre as partes e a facilidade para práticas coordenadas no segmentos em que as partes da operação continuariam competindo. Além disso, em geral, na análise do risco, o Cade acessa a estrutura dos mercados nos quais as partes que irão celebrar o contrato atuam e competem, os níveis de concentração em cada mercado e o *market share* de cada uma das partes em cada mercado. O Cade também analisa se há a possibilidade de troca de informações ou coordenação entre as partes, de forma a acarretar efeitos anticompetitivos. Em casos como esse, pode aplicar condições à operação, por exemplo, determinando a implementação de regras de governança corporativa que limitem a interação e trocas de informações entre as partes, limitando o período de duração da *joint venture* ou, ainda, limitando as cláusulas de exclusividade.

Em casos de *purchasing joint ventures*, o Cade tende a acessar os possíveis efeitos nos mercados diretamente afetados pelo contrato de compra conjunta e nos mercados de revenda em que as partes que formaram a *joint venture* vendem seus produtos finais para verificar a possibilidade de se estabelecer um monopólio, de efeitos exclusionários em relação à compra de certos bens ou serviços, o compartilhamento de informações sensíveis entre competidores e a facilidade para práticas coordenadas nos mercados *downstream* em que as partes poderiam competir.

Por fim, em relação a cláusulas de não concorrência, é possível que o Cade as aceite em *joint ventures*, desde que não excedam as fronteiras dos mercados relevantes em que a *joint venture* irá conduzir as suas atividades e a razoabilidade das cláusulas considerando-se os objetivos do empreendimento comum.

Quanto ao momento de apresentação da notificação, a resolução nº 1/2012 estabelece que a notificação deve ser apresentada, preferencialmente, após as partes terem firmado contrato formal que as vincule e antes da implementação de qualquer ato para realização da transação. Sendo assim, a princípio, notificações baseadas em acordos sem vinculação podem ser aceitas.

As *joint ventures*, portanto, no âmbito do Cade, suscitam preocupações em relação à implementação de práticas anticompetitivas pelas partes que realizam a operação. Caso não

entrem no escopo do chamado “controle de estruturas“, estas *joint ventures* estarão sempre sujeitas ao “controle de condutas“ que ocorre de modo repressivo (e não preventivo). As práticas anticompetitivas são reguladas no art. 36 da Lei 12.529/2011. Nesse dispositivo determina-se que qualquer ação que tenha aptidão para produzir certos efeitos deve ser considerada como violação a ordem econômica.

2.4. Lei aplicável à *joint venture* e foro competente

A noção de lei aplicável às *joint ventures* existe, especialmente, no campo daquelas contratuais, tendo em vista que nas societárias tender-se-á a aplicar as leis do país de constituição da sociedade.

Nas *joint ventures* societárias o estatuto social da pessoa jurídica determina a lei aplicável nas suas relações jurídicas internacionais de direito privado e regula a natureza jurídica da pessoa jurídica, a sua constituição, dissolução e liquidação, capacidade de gozo ou de direito de exercício ou de fato, o seu nome comercial, sua organização interna, o regime jurídico da responsabilidade civil pela violação de normas do direito societário, a responsabilidade jurídica pelas dívidas da pessoa jurídica, a sua administração, gestão e funcionamento, representação perante terceiros, a emissão de títulos, entre outros.²⁶

Em geral, as legislações adotam duas teorias visando determinar o estatuto pessoal da pessoa jurídica. São elas a da incorporação e a da sede social. Consoante a teoria da incorporação, a lei aplicável é a do lugar de constituição da pessoa jurídica, logo é decisiva a sede estatutária ou a designada no contrato social da pessoa jurídica. Em contraposição, na teoria da sede social, o direito aplicável é aquele do lugar da sede efetiva da pessoa jurídica. Deve, portanto, obrigatoriamente, a sede designada no contrato social ou sede estatutária coincidir com a sede efetiva para reconhecimento da capacidade jurídica.

No Brasil aplica-se a teoria da incorporação às pessoas jurídicas, tendo em vista o estatuto social, conforme definido no art. 11²⁷ da Lei de Introdução às Normas Brasileiras. Há que se destacar que, no caso de uma pessoa jurídica querer se instalar no Brasil por filial,

²⁶RECHSTEINER, Beat Walter. Direito Internacional Privado – Teoria e Prática. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 109.

²⁷Art. 11. As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem.

agência ou estabelecimento, deverá remeter os atos constitutivos às autoridades brasileiras, ficando sujeita à lei brasileira, conforme previsão do art. 11, §1º²⁸.

Sendo assim, caso haja a criação de pessoa jurídica para constituição da *joint venture* no Brasil, em geral, aplicar-se-ão as leis brasileiras.

No campo contratual um dos princípios basilares é o da autonomia da vontade, da liberdade para contratar. Conforme dispõe Carlos Roberto Gonçalves, “essa liberdade abrange o direito de contratar se quiserem, com quem quiserem e sobre o que quiserem, ou seja, o direito de contratar, de escolher a pessoa com que fazê-lo e de estabelecer o conteúdo do contrato.”²⁹.

O princípio da autonomia da vontade, previsto em nosso ordenamento jurídico no art. 421³⁰ do Código Civil, encontra fundamentos no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordos de vontades, de forma a produzir efeitos tutelados pela ordem jurídica. Essa liberdade para contratar, todavia, pressupõe certas restrições, pois os indivíduos contratantes devem ser capazes e o objeto do contrato tem de, necessariamente, ser lícito, possível e determinado ou determinável.

A autonomia da vontade das partes está prevista, também, em relações amparadas pelo direito internacional privado e, nesse momento, entra uma análise das *joint ventures* internacionais contratuais.

A autonomia da vontade das partes no âmbito do direito internacional privado, significa que as partes podem escolher o direito aplicável ao contrato. Para tanto, as partes devem se manifestar e haver vinculação a um negócio jurídico de direito privado com conexão internacional. Ou seja, apenas em contratos que tenham bases internacionais é que a parte pode escolher a jurisdição aplicável. Caso contrário, aplica-se, em geral, a legislação do país em que se celebrou o contrato.

O princípio da autonomia da vontade não está, contudo, desvinculado da ordem jurídica estatal, conforme segue:

O princípio da autonomia da vontade das partes não é, porém, fonte de direito original, desvinculada da ordem jurídica estatal. Também não é uma regra de direito costumeiro internacional, pois é sempre a *lex fori* de cada país que decide se admite a autonomia da vontade das partes como elemento de conexão³¹.

²⁸ Art. 11, §1º: Não poderão, entretanto ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo Governo brasileiro, ficando sujeitas à lei brasileira.

²⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Contratos e Atos Unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 41.

³⁰ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

³¹ RECHSTEINER, Beat Walter. *Op. cit.*, p. 100.

O Estado tem de admitir a autonomia da vontade das partes para que seja possível a aplicação da lei designada pelas próprias partes e suas vontades subjetivas. Nesse caso, a vontade objetiva do legislador apenas se aplica subsidiariamente em caso de ausência de escolha pelas partes do direito aplicável.

O princípio da autonomia da vontade aplica-se, assim, principalmente às obrigações contratuais. Em algumas legislações e tratados internacionais, apenas, é que se faculta a autonomia da vontade das partes quanto ao regime de bens e sucessões, por exemplo. Todavia, essa discussão não é objeto do presente trabalho.

O momento da escolha do direito aplicável pelas partes é, em geral, o da celebração do contrato. Algumas legislações, todavia, admitem a escolha do direito aplicável em data posterior e outras permitem alteração do direito aplicável.

Na doutrina existe questionamento sobre se as partes podem escolher qualquer direito como aplicável ou se há restrições dessa liberdade. Entende-se, majoritariamente, que quando a própria lei estabelece limites à autonomia da vontade das partes, estas podem escolher o direito aplicável respeitando os limites da lei, sendo juridicamente ineficaz a escolha em caso de não cumprimento dos parâmetros legais. Inexistindo restrições legais expressas, possível é a escolha de qualquer ordem jurídica como direito aplicável.

No Brasil, conforme acima mencionado, portanto, está presente o princípio da autonomia da vontade das partes em relações contratuais e, sendo assim, é possível, em geral, a escolha da legislação aplicável. Esse dispositivo foi incluído, contudo, apenas em 2002. Antes disso, havia dúvida sobre a possibilidade de escolha da legislação aplicável, apesar de ser costume nos contratos internacionais celebrados com participação de empresas brasileiras haver cláusula expressa determinando a lei aplicável ao contrato.

Cabe fazer uma última observação em relação à escolha da lei aplicável, tendo em vista o art. 9º da Lei de Introdução às Normas Brasileiras, segundo o qual:

Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

O mencionado art. deve, contudo, ser apreciado conforme a Constituição Federal, a qual não proíbe a eleição, pelas partes, do direito aplicável ao contrato internacional, tendo

em vista que tal escolha está amparada pela autonomia privada, a qual tem origem na cláusula constitucional de liberdade, inscrita dentre os direitos e garantias fundamentais³².

A eleição do foro para solucionar as controvérsias é outro ponto a ser definido no âmbito das *joint ventures* contratuais, tendo em vista que nas societárias o foro competente é, em geral, o do local de registro da sociedade.

A eleição do foro deve ser convencionada pelas partes e tem de estar prevista em uma cláusula do contrato. O local do foro pode ser o mesmo da lei aplicável, ou distinto. Cabe às partes, no uso de sua autonomia da vontade, escolher. Há, contudo, certas controvérsias em que não se considera a cláusula de eleição de foro para serem resolvidas. Elas, necessariamente, terão de ser julgadas pelos tribunais do país em que se der a questão. Um bom exemplo são os casos trabalhistas em geral.

Caso não haja a previsão contratual, tem de se analisar o contrato para verificar qual deve ser o foro competente.

A opção alternativa aos custosos e lentos tribunais estatais é a arbitragem. Diante do estabelecimento de cláusula em que se determina a arbitragem como forma de resolução das controvérsias, não há que se discutir qual o foro competente.

3. Conclusão

As *joint ventures* são um formato para implementação de negócios, antes de ser um conceito jurídico. Enquanto conceito, tem um sentido extremamente fluido e uma estrutura que varia de acordo com a vontade daqueles que irão implementar o empreendimento comum. Interessante nesse contexto, são as particularidades do funcionamento das *joint ventures* internacionais em relação àquelas domésticas.

As *joint ventures* internacionais tem uma função precípua de possibilitar cooperação internacional, a qual é enriquecedora do ponto de vista tecnológico, farmacêutico, automobilístico, enfim, de diversos pontos de vista, mas, sobretudo, de possibilitar a pequenas sociedades empresárias de países em desenvolvimento a associação a empresas de grande porte que auxiliem no seu crescimento e, muitas vezes, no desenvolvimento do país da empresa local.

³²BARROSO, Luís Roberto. TIBURCIO, Carmen. *O direito internacional contemporâneo*. São Paulo: Renovar, 2006.

Além disso, em países pequenos, muitas vezes as empresas não tem parceiros locais para ajudar na inovação em determinados mercados, sendo assim, impossível é a implementação de uma *joint venture* nacional. O empreendimento comum internacional acaba sendo uma das melhores ferramentas a possibilitar pesquisa e, conseqüentemente, inovação em alguns campos. O parceiro local contribui com conhecimentos que tenha em relação a um determinado mercado, por exemplo, e o parceiro estrangeiro, muitas vezes uma multinacional, contribui com tecnologia, ou capital, *e.g.*

Nesse âmbito específico de pesquisa e desenvolvimento, o funcionamento das *joint ventures* internacionais é interessante, pois é um meio que possibilita o compartilhamento dos riscos de empreender no campo dos estudos e que, ao mesmo tempo, ao gerar frutos, produz amplos benefícios à comunidade internacional. Enxerga-se isso a partir dos mencionados exemplos das *joint ventures* no campo farmacêutico, bem como de biocombustíveis.

Do ponto de vista concorrencial, o funcionamento de uma *joint venture* nacional e de uma internacional é distinto também. Primeiramente, e mais óbvio, é que no âmbito nacional a autoridade local analisa a questão sob o ponto de vista doméstico – nestes casos, em geral, os efeitos concorrenciais são inexistentes, pelo menos do ponto de vista estrutural, ainda que do ponto de vista comportamental possam gerar algum risco de comportamento do coordenador, que poderá ser objeto de controle posterior, por via repressiva e não preventiva. Do ponto de vista internacional, contudo, pode haver impactos concorrenciais significativos. Além disso, usualmente, as autoridades estrangeiras tem que coordenar as seus esforços de forma a ter algum sucesso nas investigações e *enforcement* das decisões.

Um bom exemplo para diferenciar o funcionamento das *joint ventures* nacionais das internacionais são os cartéis de exportação formados por sociedades empresárias de países asiáticos, cujos efeitos são sentidos na concorrência no âmbito internacional. Diferencia-se do funcionamento de uma *joint venture* nacional, tendo em vista que são dois players que se voltam ao mercado externo e estão sujeitos a uma “jurisdição” concorrencial distinta.

Os cartéis de exportação são *joint ventures* criadas, não com o objetivo de vender produtos no mercado interno. Ou seja, não são *joint ventures* nacionais. São *joint ventures* internacionais que impactam o comércio exterior. Mencionadas *joint ventures* internacionais funcionam de forma distinta daquelas nacionais, as quais impactam, exclusivamente, no mercado interno dos parceiros locais que implementam o empreendimento comum.

Por fim, a distinção entre o funcionamento de *joint ventures* nacionais, daquelas internacionais encontra fundamento no âmbito contratual e na questão relativa à lei aplicável. Nas *joint ventures* internacionais contratuais é possível a eleição de foro e a escolha da lei

aplicável, diversamente do que ocorre nas *joint ventures* nacionais, em que isso não é possível.

Sendo assim, do ponto de vista de funcionamento podem-se estabelecer certas distinções entre *joint ventures* nacionais e aquelas internacionais, pelo que se justifica uma migração de análise da estrutura à função, como sugerido neste trabalho.

4. Referências bibliográficas

AMIEL-COSME, Laurence. *Les réseaux de distribution*. Paris: LGDJ, 1995.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Uma introdução às “*joint ventures*“. *Revista de Direito Público*, nº 64, ano XV, outubro/dezembro 1982, p. 263-283.

BAPTISTA, Luiz Olavo. A “*joint venture*“ – Uma Perspectiva Comparatista. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 42, abril/junho 1981, p. 39 - 59.

BARROSO, Luís Roberto. TIBURCIO, Carmen. *O direito internacional contemporâneo*. São Paulo: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. São Paulo: Manole, 2007.

CARVALHO, Patrícia. *Joint Venture – um olhar voltado para o futuro*. *Revista de Direito Privado*, n. 6, ano 2, abril/junho 2001, p. 162 – 172.

FERRAZ, Daniel Amin. *Joint Venture e contratos internacionais*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

FILHO, Calixto Salomão. *Regulação da atividade econômica (princípios e fundamentos jurídicos)*. São Paulo: Malheiros, 2008.

FLORES, Thiago V. A Joint Venture Internacional e sua Aprovação consoante a Lei Antitruste Brasileira. *Revista de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, vol. 22, 2002, p. 463.

FONG, Ivan K. WALKER, John Kent. International High-Technology Joint Ventures: an antitrust and antidumping analysis. *International, Tax & Business Law*, n. 57, 1989. Disponível em: <http://scjolarsjip.law.berkeley.edu/bjil/vol7/iss1/2>. Acesso em: 10.07.2013.

GLITZ, Frederico. MORO, Luana Casagrande Calomeno. Apontamentos sobre as *joint ventures* societárias constituídas sob o regime das sociedades limitadas. *Revista de Direito Empresarial*, ano 9, n.1, janeiro/abril 2012, p. 77-95.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Contratos e Atos Unilaterais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GUTTERMAN, Alan. *A Short Course in International Joint Ventures*. World Trade Press: Novato, 2002.

HENRIQUES, Hécliton Santini. VASCONCELLOS, Gláucia Maria. A “*Joint Venture*“ no contexto da economia brasileira. *Anal. & Conj.*, Belo Horizonte, v.3, nº2, maio/agosto 1998, p. 104-117.

JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

KARMOKOLIAS, And Yannis. JASPERSEN, Fred. GLEN, Jack. MILLER, Robert. International Joint Ventures in Developing Countries. *Finance & Development*, march 1997, p. 26 - 29.

KILLING, J. Peter. "How to Make a Global Joint Venture Work". *Harvard Business Review*, v. 60, maio/jun. 1982, p. 120- 127.

LOBO, C. A. da Silveira. As Joint Ventures. *Revista de Direito Renovar*, vol. 1, janeiro/abril 1995, p. 77-89.

MACNEIL, Ian. "Relational Contract Theory: Challenges and Queries". *Northwestern University Law Review*. Spring, 2000.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Contrato de empreendimento comum (joint venture) em direito internacional privado*. Almedina: Coimbra, 2003.

PIRONON, Valérie. *Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*. Dalloz: Paris, 2004.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática*. São Paulo: Saraiva, 1998.

RODRIGUES, Suzana Braga. GUIMARÃES, Rogério. Joint-Ventures internacionais como agentes de desenvolvimento tecnológico e aprendizagem gerencial no contexto global. *Análise & Conjuntura*, Belo Horizonte, v. 8, n. 2/3, maio/dez. 1993, p. 103 - 118.

ROWLEY. *Modern Law of Partnership*. Indianapolis: The Merryl Brooks, 1916, p. 1933. *Apud*: FIORATI, Jete Jane. *Direito do Comércio Internacional*. Franca: UNESP, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2002.

VIDOTTO, Rodrigo Silva. *Uma visão sobre alianças estratégicas: consórcios, joint ventures e organizações virtuais*. Disponível em: <http://www.ifbae.com.br/congresso2/pdf/trab27.pdf>. Acesso em: 30.06.2013.

VILLELA, Mariana. GÂNDARA, Lívia. DUARTE, Leonardo Maniglia. *Brazil: Joint Ventures*. Disponível em: <http://globalcompetitionreview.com/reviews/46/sections/158/chapters/1811/>. Acesso em: 05/04/2013.

WEBER, Max. *Law in economy and society*. Cambridge: Harvard University, 1954, p.194. *Apud*: Paula Forgioni. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. RT: São Paulo, 2009.

WISH, Richard; BAILEY, David. *Competition Law*. Oxford University Press: Oxford, 2012.