

VOLUME

10

NÚMERO 1  
2022  
JUNHO

ISSN 2318-2253

10  
*Anos*  
Lei de Defesa da  
Concorrência

# REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO CADE

 **CADE**  
Conselho Administrativo de Defesa Econômica

# REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Volume 10 – Junho 2022 – ISSN 2318-2253

Periodicidade semestral

Revista do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Cade, Brasília, DF.

## CONSELHO EDITORIAL

Amanda Athayde Linhares Martins, UnB, Brasília, Brasil.

Amanda Flávio de Oliveira, UnB, Brasília, Brasil.

Ana de Oliveira Frazão, UnB, Brasília, Brasil.

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, FGV, Rio de Janeiro, Brasil.

Celso Fernandes Campilongo, USP, São Paulo, Brasil.

Dênis Alves Guimarães, UCB, Brasília, Brasil.

Diogo R. Coutinho, USP, São Paulo, Brasil.

Edmond Schlumberger, Université Paris 8, Paris, França.

Eduardo Molan Gaban, PUC, São Paulo, Brasil.

Eleanor Fox, NYU, Nova York, Estados Unidos da América.

Elvino de Carvalho Mendonça, UNB, Brasília, Brasil

Gesner José de Oliveira Filho, FGV, São Paulo, Brasil.

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, FGV, Brasília, Brasil.

Guilherme Ribas USP, São Paulo, Brasil.

Ivo Gico Junior, UniCeUB, Brasília, Brasil.

Laurence Idot, University Paris II Panthéon-Assas, Paris, França.

Leonardo Peixoto Leal, UNIFOR, Ceará, Brasil.

Leonor Cordovil, São Paulo, Brasil.

Marcio de Oliveira Júnior, UnB, Brasília, Brasil.

Marcos Vinícius Torres, UFRJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Paulo Burnier da Silveira, UnB, Brasília, Brasil.

Paulo Furquim de Azevedo, INSPER, São Paulo, Brasil.

Saulo Bichara Mendonça, UFF, Rio de Janeiro, Brasil.

Vinicius Marques de Carvalho, USP, São Paulo, Brasil.

William Kovacic, Columbia University, Columbia, Estados Unidos da América.

## EDITOR-CHEFE

Luis Henrique Bertolino Braidó: doutor em Economia pela Universidade de Chicago, mestre em Economia pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e pela Universidade de Chicago e graduado em Economia

pela Universidade de São Paulo. É professor associado da FGV, na Escola de Pós-graduação em Economia e Finanças. É Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

## **COORDENAÇÃO EDITORIAL**

Braulio Cavalcanti Ferreira

Caio Carvalho Correia Barros

Déborah Lins e Nóbrega

Iara do Espírito Santo

Keila de Sousa Ferreira

Paulo Eduardo Silva de Oliveira

## **CORRESPONDÊNCIA REDATORIAL**

Revista de Defesa da Concorrência

SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Carlos Taurisano

CEP 70770-504 – Brasília, DF

E-mail: revista@cade.gov.br

Site: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia>

## **PARECERISTAS**

Alexandre Ditzel Faraco, UFPR, Curitiba, Brasil.

Alexandre Santos de Aragão, UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Amanda Athayde Linhares Martins, UNB, Brasília, Brasil.

Amanda Flávio de Oliveira, UNB, Brasília, Brasil.

Ana de Oliveira Frazão, UNB, Brasília, Brasil.

Anna Binotto, USP, São Paulo, Brasil.

Ananda Portes Souza, UFMG, Belo Horizonte, Brasil.

Andrea Moreira da Fonseca Boechat, UEM, Maringá, Brasil.

Beatriz Malerba Cravo, FGV, São Paulo, Brasil.

Bernardo Macedo, Unicamp, Campinas, Brasil.

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, FGV, Rio de Janeiro, Brasil.

Carolina Saito da Costa, USP, São Paulo, Brasil.

Celso Fernandes Campilongo, USP, São Paulo, Brasil.

Daniel Boson, UniCeUB, Brasília, Brasil.

Daniel Favoreto Rocha, FGV, São Paulo, Brasil.

Denise Junqueira, NYU Law School, Nova York, EUA.

Diogo R. Coutinho, USP, São Paulo, Brasil.

Eduardo Jordão Vieira, FGV, Rio de Janeiro, Brasil.

Eduardo Nunes Sousa, UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Elvino Carvalho Mendonça, UNB, Brasília, Brasil.  
Eric Hadmann Jasper, UNB, Brasília, Brasil.  
Felipe Comarela Milanez, UFOP, Ouro Preto, Brasil.  
Fabiana Tito, USP, São Paulo, Brasil.  
Fernanda Garibaldi, USP, São Paulo, Brasil.  
Fernando Amorim, UNB, Brasília, Brasil.  
Fernando de Magalhães Furlan, UNB, Brasília, Brasil.  
Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, FGV, Brasília, Brasil.  
Guilherme Ribas, USP, São Paulo, Brasil.  
Guilherme Teno Castilho Misale, USP, São Paulo, Brasil.  
Humbero Cunha dos Santos, USP, São Paulo, Brasil.  
Ivo Teixeira Gico júnior, UniCeuB, Brasília, Brasil.  
Juliana Maia Daniel Pinheiro, Sciences Po, Paris, França.  
Leonor Cordovil, USP, São Paulo, Brasil  
Lilian Manoela Monteiro Cintra de Melo, USP, São Paulo, Brasil.  
Lucas Campio Pinha, UFRRJ, Rio de Janeiro, Brasil.  
Luís Alberto da Costa Araujo, PUC, Belo Horizonte, Brasil.  
Luis Henrique Bortolai, UniMETROCAMP, Campinas, São Paulo.  
Luis Nagalli, NYU Law School, Nova York, EUA.  
Marcelo Calliari, USP, São Paulo, Brasil.  
Maria Cecília Andrade, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal.  
Maria Fernanda Caporale Madi, Erasmos University, Rotterdam, Holanda.  
Mônica Tiemy Fujmoto, UNB, Brasília, Brasil.  
Osvaldo Agripino, UFSC, Florianópolis, Brasil.  
Ottoni Ferreira Filho de Oliveira, FGV, São Paulo, Brasil.  
Paula Forgioni, USP, São Paulo, Brasil.  
Priscila Brolio Goncalves, USP, São Paulo, Brasil.  
Raphael Chaia, UniDBSCO, Curitiba, Paraná.  
Raquel Santana, UFSC, Florianópolis, Brasil.  
Renata Oliveira, UFRN, Natal, Brasil.  
Sara Tironi, USP, São Paulo, Brasil.  
Sílvia Fagá de Almeida, FGV, São Paulo, Brasil.  
Tainá Leandro, UNB, Brasília, Brasil.  
Tanise Brandão Bussmann, PUC-RS, Porto Alegre, Brasil  
Vicente Bagnoli, Mackenzie, São Paulo, Brasil.  
Vinicius Marques de Carvalho, USP, São Paulo, Brasil.  
Vivian Terng, USP, São Paulo, Brasil.  
Waleska Monteiro, UFG, Goiás, Brasil.

# SUMÁRIO

Apresentação	6
Avaliando a eficácia da política brasileira de combate aos cartéis: dissuasão ou promoção? <i>Assessing the effectiveness of Brazilian anti-cartel policy: deterrence or promotion?</i>	7
O papel da OCDE no aprimoramento da política de defesa da concorrência no Brasil: um breve balanço por ocasião dos 10 anos da Lei nº 12.529/2011 <i>The role of the OECD in improving competition policy in Brazil: a brief review on the occasion of the 10th anniversary of Law Number 12.529/2011</i>	30
10 anos da Lei 12.529/2011: Os avanços no debates que resultaram na incontornável interface entre concorrência e trabalho <i>10 Years of law 12.529/2011: the advances that resulted in the inescapable interface between antitrust and labor</i>	40
Convergência aplicada ao controle de concentrações brasileiro: um histórico bem sucedido da lei n.º 12.529/2011 <i>Convergence applied to the brazilian merger control: A successful history of Law NO. 12.529/2011</i>	62
Novos rumos do direito da concorrência: o controle do monopólio e a proteção ao consumidor na economia de dados pessoais com base na lei 12.529/2011 <i>New directions in competition law: Monopoly control and consumer protection in the economy of personal data</i>	87
Possibilidade de Concessão de Imunidade Criminal ao Signatário dos Termos de Compromisso de Cessação de Conduta no Cade <i>The Possibility of Granting Criminal Immunity to the Cease and Desist Agreement Applicant</i>	109
Responsabilidade solidária no grupo econômico por infrações da ordem econômica <i>Joint and several liability in the economic group for violations of the economic order</i>	126
Regulação, desenvolvimento e concorrência: análise das cláusulas de exclusividade nos contratos entre empresas e plataformas digitais <i>Regulation, development and competititon: Analysis of exclusive clauses in contracts between companies and digital platforms</i>	140
O compromisso concorrencial nos programas de integridade das companhias do novo mercado <i>The commitment to competition in integrity programs</i>	159

# APRESENTAÇÃO

A Revista de Defesa da Concorrência (RDC) lança esta edição no contexto das comemorações dos 10 anos da entrada em vigor Lei nº 12.529/2011, que reestruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e também o Cade. Além de trazer novos procedimentos, atribuições e um novo desenho institucional ao Cade, a Lei de Defesa da Concorrência (LDC) outorgou à autarquia a missão de disseminar a cultura da livre concorrência. É em decorrência dessa missão que, em 2013, surge a Revista de Defesa da Concorrência, por meio da qual o Cade retoma a elaboração de publicações institucionais, iniciada no ano de 1975 com a Revista de Direito Econômico e, posteriormente, com a Revista de Direito da Concorrência.

Assim, a RDC chega a sua 19ª edição celebrando este marco legislativo com artigos dedicados à discussão dos impactos da nº Lei 12.529/2011 sob diversos enfoques. A Revista começa com texto que realiza um balanço crítico acerca da eficácia da política brasileira de combate a cartéis. Em seguida, as relações entre a OCDE e a política de defesa da concorrência no Brasil são escrutinadas. Na sequência, é feita uma discussão acerca da interface entre o direito da concorrência e o direito do trabalho. Adiante, no quarto artigo, se discute a política de controle de concentrações brasileira a partir da LDC, à luz do conceito de “convergência”. O quinto trabalho deste número discorre sobre a relação entre dados pessoais e defesa do consumidor com base na Lei nº 12.529/2011.

Em seguida, analisa-se a possibilidade de concessão de imunidade criminal, em casos de cartel, ao signatário do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta, mediante a assinatura de acordo com o Ministério Público. Após, a edição traz discussão de parâmetros para aplicação da responsabilidade solidária por infrações da ordem econômica entre empresas que integram um grupo econômico. O penúltimo artigo examina as cláusulas de exclusividade nos contratos entre empresas e plataformas digitais. Finalmente, encerrando a publicação, um estudo apresenta os resultados da análise dos programas de integridade das empresas listadas no segmento de Novo Mercado da bolsa de valores, a partir da verificação do conteúdo desses documentos em matéria de concorrência.

A Coordenação Editorial agradece os autores e os pareceristas pelo prestígio. Aos leitores, agradecemos o interesse e desejamos uma boa leitura a todos e a todas.

**Alexandre Cordeiro Macedo**

Presidente do Cade

**Luis Henrique B. Braidó**

Editor-chefe da RDC

# AVALIANDO A EFICÁCIA DA POLÍTICA BRASILEIRA DE COMBATE AOS CARTÉIS: DISSUAÇÃO OU PROMOÇÃO?<sup>1</sup>

Assessing the effectiveness of Brazilian anti-cartel policy: deterrence or promotion?

Lucia Helena Salgado<sup>2</sup>

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ/RJ) - Rio de Janeiro/RJ, Brasil

## RESUMO ESTRUTURADO

**Contextualização:** A legislação antitruste, como toda instituição, requer aperfeiçoamentos de tempos em tempos conforme acumula-se a experiência de sua aplicação, pontos fortes e fracos tornam-se evidentes. No Brasil a legislação passou por diversas reformas sendo a última a que levou à promulgação da Lei nº 12.529/2011. Desde o início da aplicação da lei anterior (Lei nº 8.884/1994), percebia-se a necessidade de melhores instrumentos para o combate aos cartéis. Em 2000 dois instrumentos foram acrescentados à lei: busca e apreensão e acordos de leniência. A lei em vigor altera condições para a adoção desse segundo instrumento.

**Objetivo:** O ponto que se procura explorar são as consequências não antecipadas da prioridade concedida ao programa de combate aos cartéis em detrimento de uma política mais atenta e severa, tanto preventiva como repressiva, ao abuso de posição dominante. Procura-se examinar à luz da teoria econômica em organização industrial mais recente, os efeitos de mudanças legais que ampliaram a possibilidade de recurso ao instrumento dos acordos de leniência para a organização manutenção ou desmantelamento dos cartéis.

**Metodologia:** Elaborar-se uma análise econômica do direito, a partir da compreensão das características da política de combate aos cartéis e do levantamento empírico dos casos em que houve condenação e uso dos instrumentos de acordos de leniência e colaboração. A análise da lógica econômica da colusão tal como esmiuçada pela moderna teoria da organização industrial é o pano de fundo para a verificação dos efeitos da aplicação da lei antitruste como incentivo para a dissuasão de decisões de formação e manutenção de cartéis.

**Resultados:** O exame de acordos de leniência e TCC celebrados revela a recorrência do padrão em

**Editor responsável:** Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braidó, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

**OCIRD:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

1 **Recebido em:** 04/05/2022 **Aceito em:** 30/05/2022 **Publicado em:** 09/06/2022

2 Professora Titular de Ciências Econômicas na UERJ, doutora em Economia (IE-UFRJ) e mestre em Ciência Política (IUPERJ), Foi Coordenadora de Estudos de Regulação e Mercados da Diretoria de Estudos e Políticas de Estado, Instituições e Democracia do IPEA de 2008 a 2013 e Conselheira do Cade no período de 1996 a 2000. **E-mail:** [lucia.salgado@uerj.br](mailto:lucia.salgado@uerj.br). **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/9168928110124712>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6538-2626>.

que há um núcleo duro de empresas dominantes no mercado e uma franja de empresas menores potencialmente à mercê de práticas de coerção e retaliação por parte das firmas dominantes. A oportunidade de leniência total ou parcial fortalece o monitoramento com ameaça de retaliação e gera incentivos adicionais para manutenção das práticas colusivas.

**Conclusão:** A condução da política antitruste de combate aos cartéis no Brasil merece revisão para que o resultado de sucessivos acordos de leniência celebrados com firmas líderes – na coordenação de cartéis e no mercado – não venha a redundar em menor concorrência, estimulando a organização e perpetuação de cartéis. A análise econômica revela que o cálculo custo-benefício atual induz firmas líderes a denunciar cartéis maduros em troca de imunidade total ou parcial. As empresas menores, colhidas na investigação disparada por sua denúncia, fragilizam-se financeiramente ou mesmo têm sua sobrevivência inviabilizada. A(s) firma(s) dominante(s), ao obterem imunidade antitruste aumentam de seu poder de mercado e enfraquecem a franja de firmas que tornava mais custosa e instável a manutenção da colusão.

**Palavras-chave:** direito e economia da concorrência; política de dissuasão de cartéis; combate a cartéis; análise econômica do direito; economia da colusão; acordo de leniência; estrutura de mercado; incentivos; estratégias concorrenciais; vantagem auferida; proporcionalidade.

## STRUCTURED ABSTRACT

**Contextualization:** Antitrust legislation, like any institution, requires improvements from time to time; as experience accumulates, strengths and weaknesses become evident. In Brazil, the legislation was reformed several times, the last one being the enactment of 12,529/2011 Act. Since the promulgation of the former act (8.884/1994 Act), it was clear the need for better instruments to combat cartels. In 2000, two instruments were included in the legislation: search and seizure actions and leniency agreements. The current legislation has changed conditions for the adoption of this second instrument.

**Goal:** The point to be explored is the unanticipated consequences of prioritizing the anti-cartel program instead of a more attentive and severe policy, both preventive and repressive, against the abuse of a dominant position. The analysis is based on the most recent industrial organization theory, so as to reveal the effects of a wider use of leniency agreements over the organization, maintenance or dismantling cartels.

**Methodology:** We present an economic analysis of the law based on the review of the anti-cartel policy and an empirical survey of condemnation and leniency and collaboration agreements. The economic logic of collusion as detailed by the modern theory of industrial organization is the background for verifying the effects of antitrust law enforcement as an incentive to deter decisions to form and maintain cartels.

**Results:** The analysis of leniency and cooperation agreements reveals the prevalence of a pattern of a hard core of dominant firms in the market and a fringe of smaller firms potentially subjected practices of coercion and retaliation by the dominant ones. The possibility of recurring to leniency enhances the ability of dominant firms for monitoring and threatening retaliation, generating additional incentives to maintain collusive practices.

**Conclusion:** The enforcement of the anti-cartel policy in Brazil deserves review, so that the result





of successive leniency agreements signed by leading firms does not result in less competition, stimulating the organization and perpetuation of cartels. Economic analysis reveals that the current cost-benefit calculation induces leading firms to act as whistle-blowers in exchange for full or partial immunity. The small firms, caught in the investigation triggered by the whistle-blowers, may even be forced out the market, as their financial survival is challenged. The dominant firms, by obtaining antitrust immunity, increase their market power and weaken the fringe of firms that once were an obstacle to maintain the profits of collusion.

**Keywords:** competition law and economics; cartel deterrence policy; fighting cartels; economic analysis of law; collusion economics; leniency agreement; market structure; incentives; competitive strategies; proportionality.

**Classificação JEL:** K21

**Sumário:** *Introdução; 1. Objetivo da política de concorrência em sua vertente de combate aos cárteis; 2. Breve comentário sobre a análise econômica do direito da concorrência; 3. A experiência brasileira recente no combate aos cárteis; 3.1 O evento divisor de águas : os institutos do acordo de leniência e da busca e apreensão; 3.2 As alterações introduzidas pela lei nº 12.529/2011; 4. A análise econômica do direito aplicada à experiência brasileira; 4.1 Desalinhamento de incentivos e acordos de leniência (e cooperados); 4.2 Acordos de leniência como segunda melhor solução possível (2nd best); 5. Efeitos da ampliação do uso do instrumento de leniência no Brasil; 5.1. Desalinhamento de incentivos e acordos de leniência (e cooperação); 6. Conclusão; Referências Bibliográficas.*

## **INTRODUÇÃO: A LEI 12.529/2011 E A POLÍTICA DE PERSECUÇÃO DE CARTÉIS**

A legislação antitruste, como qualquer instituição formal criada para estabelecer as regras do jogo em economias de mercado, demanda aperfeiçoamentos de tempos em tempos. Conforme acumula-se a experiência de sua aplicação, pontos fortes e fracos tornam-se evidentes e o contexto em que operam sofre transformações - sejam tecnológicas, sociais ou econômicas.

A legislação brasileira não é exceção, tendo já passado por várias reformas, sendo a última a que completa agora dez anos de vigência: a promulgação da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011). A necessidade de alterações que fornecessem melhores instrumentos para o combate aos cartéis já se percebia desde a entrada em vigor da lei anterior (Lei nº 8.884/1994) e foi atendida pelas mudanças legais introduzidas ainda na virada do século XXI, com a introdução dos instrumentos de busca e apreensão e dos acordos de leniência. A lei promulgada em 2011, que entra em vigor em 2012, aperfeiçoa o desenho institucional superando o arranjo ineficiente de três diferentes órgãos compartilhando funções de defesa da concorrência e estabelece com maior clareza a obrigatoriedade da autorização prévia para atos de concentração.

Conforme pontuou a OCDE na mais recente revisão entre pares (de 2019), o modo de operação da Lei de Defesa da Concorrência foi simplificado e modernizado, seguindo as melhores práticas internacionais. Nos primeiros dois anos de implementação da nova lei, o Cade dedicou-se a organizar

e esclarecer o mercado quanto ao novo regime de notificação prévia de atos de concentração.

De 2014 em diante, reforça-se a prioridade ao programa de combate aos cartéis - programa este que, acompanhando o movimento internacional, já vinha ocupando espaço crescente na agenda da autoridade desde os primeiros anos do século XXI.

Os acordos, também referidos como Termos de Compromisso de Cessação (TCC), são amplamente utilizados para concluir casos de cartel e de conduta. De forma atípica quando comparado com práticas internacionais, os acordos podem ser negociados até o momento da decisão final por parte do Tribunal do Cade. Isto compromete os ganhos de eficiência que decorreriam da celebração de acordo firmado antes de a autoridade finalizar a investigação. No caso de cartéis, o Cade considera os acordos como um importante complemento ao seu programa de leniência, o qual fornece imunidade apenas ao primeiro proponente. Nos últimos anos, houve um aumento no número de TCCs firmados em casos de cartel. De fato, o Cade modificou seus procedimentos relacionados a acordos para aumentar os incentivos das empresas a cooperarem, o que se provou bastante eficaz. São fornecidos descontos de até 50% do valor da multa para as partes que firmam acordo em casos de cartel, a depender do momento da propositura e de sua posição na fila. Estes descontos são altos quando comparados com a experiência internacional.

A nova lei também modificou o programa de leniência no Brasil. Eliminou-se a regra de que a leniência não estaria disponível para o líder do cartel. Ademais, a proteção da leniência foi estendida de forma explícita para a conduta criminal relacionada à prática. A lei anterior fazia menção apenas ao crime de cartelização, enquanto os crimes relacionados, como conspiração e fraude à licitação também estão, agora, expressamente cobertos pelo acordo de leniência. Em relação à persecução penal de pessoas físicas, a nova Lei estabelece que os responsáveis pelas violações estarão, agora, sujeitos tanto à multa quanto à prisão (e não mais alternativamente), o que, na prática, aumenta a sanção mínima prevista pela lei anterior, que englobava apenas multa.

O ponto que se procura explorar nesse artigo são as consequências não antecipadas da prioridade concedida a um programa de combate aos cartéis na agenda da autoridade de defesa da concorrência - em detrimento de uma política mais atenta e severa, tanto preventiva como repressiva, quanto ao abuso de posição dominante. A política de combate aos cartéis tem desafiado combinações com anos de existência - cujos danos se estenderam por longo tempo -, em mercados maduros, de baixo dinamismo e após investigações que - a despeito do ferramental introduzido no ano 2000 (acordos de leniência e colaboração e instrumento de busca e apreensão) - não lograram economizar em custos administrativos, reduzindo a duração dos processos. Ademais, firmas e indivíduos responsáveis pela organização e manutenção dos cartéis passaram a ser, com a entrada em vigor da nova lei, os principais beneficiários de acordos de leniência, o que anulou - e eventualmente pode ter mesmo reforçado - o efeito dissuasório provocado pela possibilidade de deserção bem-sucedida de participante de menor porte, para quem originalmente foi projetado o instituto da leniência.

Além desta breve introdução, este artigo é composto pelas seguintes seções; na 1ª é discutido o significado, alcance e limitações da vertente de combate aos cartéis dentro de uma política nacional de defesa da concorrência. Na 2ª seção descreve-se as principais características e resultados alcançados pela política de combate aos cartéis em período recente, ressaltando as mudanças institucionais trazidas pela Lei nº 12.529/2011. Na 3ª seção empreende-se análise econômica do direito para compreender os resultados obtidos - e em grande parte não antecipados - do modelo



de política de defesa da concorrência adotado no Brasil neste século, com particular ênfase a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011. Na 4ª seção analisa-se, à luz da fundamentação teórica prévia, a política brasileira de combate a cartéis. Finalmente, apresentam-se as conclusões da análise econômica do direito da concorrência tal como recentemente aplicado no Brasil.

## 1 OBJETIVO DA POLÍTICA DE CONCORRÊNCIA EM SUA VERTENTE DE COMBATE AOS CARTÉIS

Argumenta-se que o bem-estar econômico é o objetivo que as autoridades de concorrência e os tribunais deveriam perseguir. Isso nos leva a definir a política de concorrência como: “o conjunto de políticas e leis que asseguram que a concorrência no mercado não seja restringida de maneira a reduzir o bem-estar econômico” (MOTTA; SALGADO, 2015, p. 29).

A leitura normativa que caracteriza a tradição da análise econômica sobre o tratamento das falhas de mercado, identifica a política de defesa da concorrência como resposta do poder público à falha de mercado representada pela assimetria de posições de mercado. Em mercados caracterizados por assimetrias que os afastam das condições de concorrência perfeita, estão presentes, com maior ou menor intensidade, incentivos para o exercício abusivo de posições dominantes, gerando perda de eficiência e bem-estar econômico, tanto em termos estáticos como dinâmicos (MOTTA; SALGADO, 2015; STIGLITZ, 2010).

A despeito da concorrência ser benéfica para a sociedade, para o conjunto de consumidores, não é um valor caro do ponto de vista da racionalidade econômica individual. Conforme discutido em outra oportunidade<sup>3</sup>:

*o sonho de toda empresa é tornar-se monopolista e conquistar uma vida tranquila. É o que dita a racionalidade econômica. Ao mesmo tempo, é o empenho de se tornar monopolista – auferir lucro econômico ou supranormal – o que sustenta a dinâmica da concorrência e o que gera progresso econômico. (FRANCO; GIAMBIAGI, 2015, p. 155).*

Em mercados de bens predominantemente homogêneos com número limitado de empresas (por força de barreiras de ordem técnica ou institucional à entrada), a forma mais simples de se tornar monopolista é atuar em conjunto, compartilhando os lucros de monopólio<sup>4</sup>. Conforme expõe Azevedo (2011, p. 275):

*a situação mais desejável a um grupo de empresas é agir como um monopolista, dividindo posteriormente os ganhos decorrentes dessa posição. Em outras palavras, as empresas rivais têm o que ganhar fazendo*

3 Salgado apud Franco e Giambiagi (2015).

4 Bowles e Gintis (2010), ao tratarem da natureza das instituições como convenções, ajudam a compreender a dificuldade de a cultura da concorrência ser incorporada como valor. Efetivamente, a concorrência não tem valoração cultural positiva, do ponto de vista do ofertante no mercado. É um valor historicamente recente, imposto por mudança institucional exógena na maior parte das experiências (no Brasil decerto) mesmo nas economias de mercado maduras e consolidadas e de natureza abstrata. O “natural” na conduta empresarial é combater a concorrência, enfrentá-la e neutralizá-la, não a proteger. Essa é uma tarefa da política pública. Já a cooperação entre os pares, seguindo uma moral restrita (em oposição a uma moral geral) de apoio mútuo dentro de um pequeno grupo (clã, guilda, corporação) encontra amparo em tradição, com o que mudanças institucionais formais – a adoção de novas normas legais, por exemplo – convivem – e entram em conflito – com práticas muitas vezes opostas.

*acordos entre si, mesmo porque, na pior das hipóteses, esses acordos podem contemplar a volta à concorrência (AZEVEDO, 2011, p. 275).*

Condições específicas com que as firmas se deparam no mercado afetam os custos e benefícios envolvidos nas decisões estratégicas de cooperar com rivais ou concorrer com elas, considerando as decisões conhecidas (ou esperadas) por parte dessas mesmas rivais. Azevedo (2011) categoriza de forma didática essas condições, subdividindo-as em três grupos: a) custo de transação entre as empresas, que indicam a dificuldade de se negociar um acordo; b) o custo de não cooperar (ou o benefício de cooperar), dado pelos ganhos decorrentes do acordo e pelos custos de sofrer retaliação em caso de não cooperar; e c) o benefício de não cooperar (ou custo de cooperar), ou seja, os ganhos de uma firma ao desrespeitar o acordo com as demais.

Como nos ensina a moderna teoria da organização industrial, nas estruturas de oligopólio – a forma de concorrência imperfeita prevalecente na maioria dos mercados modernos – os lucros totais tendem a ser menores do que os lucros de monopólio. Essa redução de lucros resulta da externalidade inerente ao processo de concorrência: quando, por exemplo, sob competição de Cournot, a firma decide qual quantidade produzir para maximizar seu próprio lucro, não leva em consideração que o faz às expensas da redução de lucro da rival. Conhecida essa restrição, o analista deve esperar que, conduzidas pela racionalidade econômica, as firmas tendam a querer estabelecer acordos para elevar seus lucros – seu poder de mercado –, o lucro máximo de monopólio. A lógica econômica do cartel consiste, portanto, em suprimir a rivalidade oligopolista para elevar preços ao nível de monopólio e compartilhar os ganhos entre os participantes.

Embora a lógica maximizadora incentive condutas colusivas, organizar, monitorar e manter um cartel em operação (ou, dito de outro modo, a manutenção de um padrão colusivo de conduta) está longe de ser trivial. A dificuldade central da colusão consiste em que geralmente é lucrativo desviar-se secretamente do acordo. Reconhecendo essa dificuldade, os cartéis que vêm à luz demonstram ter desenvolvido estruturas complexas e intrincadas para evitar e limitar o problema da deserção. Algumas condições são determinantes para o sucesso de uma conduta colusiva, dentre elas, a capacidade das firmas organizadoras do cartel monitorarem eventuais defecções e punirem as rivais indisciplinadas que teimem em concorrer. Dito de forma simples: a coação é arma central na organização de cartéis. Note-se que, quanto mais assimétrica uma estrutura de mercado, maior o incentivo para firmas menores (seja por escala, seja porque atuam em nichos de mercado) que participam da franja, desertarem – na prática simularem concordância com o cartel organizado pelas firmas dominantes, de modo a evitar retaliações que, no limite, poderiam inviabilizar sua permanência no mercado.

Cartéis duradouros em indústrias oligopolistas usualmente contam com os seguintes recursos:

- a) estruturas de preços que lhes permite implementar com sucesso elevações de preços;
- b) estruturas locacionais que lhe permitem dividir os ganhos e realocar recursos quando expectativas de lucros não se realizam;
- c) estruturas de *enforcement* que facilitem a monitoração e a sinalização de ameaças de punição para a conduta desviante.



Esse último ponto nos interessa mais de perto na presente análise.

A pergunta que se apresenta, como nos lembra Azevedo (2011), é porque muitas vezes não há cartel. A resposta é econômica: empresas concorrem quando, estrategicamente, essa é a melhor resposta ao ambiente econômico onde operam. Dessa realidade econômica deriva-se um dos papéis exercidos pela autoridade concorrencial: desestabilizar cartéis, tornando mais atrativa a escolha por concorrer vis-à-vis manter-se em conluio com concorrentes – ou, o que é o mesmo, mais custosa a escolha por manter-se em conluio. Neste milênio, esse papel vem sendo fortalecido, mundo afora, pela adoção de um mecanismo desestabilizador – que altera o cálculo de custo-benefício embutido na escolha pela colusão (ou pela cooperação, em linguagem de jogos) – o instituto do acordo de leniência.

## 2. BREVE COMENTÁRIO SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Gary Becker (1968) em Crime e Castigo de 1968 propôs recuperar o princípio enunciado por Bentham no século XIX, qual seja: os indivíduos escolhem racionalmente entre alternativas de decisão – ou cursos de ação – ponderando custos e benefícios. A observação de que, empiricamente, o *enforcement* de leis que reprimem práticas indesejadas pela sociedade varia consideravelmente, levou-o a apresentar a seguinte questão de pesquisa: quanto de recursos e como a punição deve ser empregada de modo a garantir o *enforcement* (a aplicação eficaz) da lei? De onde a gradação (econômica) no uso de instrumentos e recursos para atender aos objetivos (legais) pretendidos torna-se o método para guiar decisões visando um ótimo social.

A análise econômica do direito tem sido útil para apontar quando políticas bem-intencionadas carregando falhas de desenho acabam por gerar consequências opostas à intenção original.

Em outro momento (SALGADO, 1997) já observei que:

A legislação antitruste, particularmente pelos incentivos aos processos privados<sup>5</sup>, pode [...] levar a resultados opostos aos pretendidos pelos diplomas legais. Todos os observadores bem-informados da política antitruste temem diante da ameaça de mau uso da legislação com a finalidade de promover objetivos anticompetitivos (SALGADO, 1997, p. 18).

Naquele ocasião, mencionei o alerta de William Baumol e Janusz Ordovery<sup>6</sup>

Há um fantasma que assombra nossas instituições antitruste: sua ameaça é que, longe de servir como baluarte da competição, elas se tornarão um instrumento poderoso nas mãos daqueles que querem subvertê-la (BAUMOL; ORDOVER apud SALGADO, 1997, p. 18).

A análise econômica da aplicação (*enforcement*) da legislação de defesa da concorrência no combate aos cartéis no Brasil conduz à observação dos riscos representados pela extensão a líderes de cartel do instituto da leniência. A propósito, o tema do uso predatório do instrumento da leniência não é fenômeno inédito e tem estado presente na literatura especializada.

5 Omitida nota explicativa sobre o instituto da recuperação triplicada de danos.

6 Partindo de inspirada paródia à introdução ao Manifesto Comunista de Marx e Engels, de 1848.

Ellis e Wilson (2001, apud SPAGNOLO, 2006), por exemplo, mostram<sup>7</sup> que um programa de leniência pode induzir membros de um cartel a delatar o arranjo colusivo à autoridade antitruste tendo por objetivo prejudicar os competidores, é dizer, aumentar os custos marginais (futuros) dos rivais através de multas e prisões dos administradores, ganhando assim uma vantagem estratégica rentável na fase competitiva seguinte. Adicionalmente, os autores mostram que a existência do instituto da leniência prevista em lei tem o efeito de estabilizar ainda mais os cartéis, pois pode ser utilizado como mecanismo de punição aos que desviam do acordo colusivo, tornando-se perfeito instrumento para punir desvios, sobretudo se o programa de leniência for restrito a primeira firma que denunciar o cartel (LIMA, 2016, p. 32).

Cabe lembrar que a discussão em Direito e Economia (*Law & Economics*) sobre dissuasão ótima surge na jurisdição norte-americana, onde a maior parte dos casos de cartéis se dá na esfera privada<sup>8</sup>. O critério de *treble damage* é de dissuasão e reparação de danos. Na jurisdição brasileira, a função de dissuasão é de competência do Cade, já a reparação de dano, direto ou indireto, causado a clientes e consumidores, é assunto da esfera judicial cível. Um dos critérios estabelecidos pelo legislador brasileiro na definição de multa – o primeiro entre os elencados – é a vantagem auferida (quando for possível a sua estimação, aposto incluído por cautela para garantir que a punição dissuasória a ser aplicada pelo julgador não dependesse dessa condição). Entretanto, não é de certo o único critério para a definição de penalidade a ser aplicada ao infrator estabelecido pelo legislador para o julgador (art. 37 da Lei nº 12.529/2011)<sup>9</sup>.

Por outro lado, no Brasil como em outras jurisdições, a punição não se extingue com a aplicação de multa pecuniária. Há outros elementos punitivos somados à estipulação de multa, cujo potencial gravoso é significativo. Imagem, reputação, são ativos intangíveis de valor crucial no mercado, hoje de forma mais explícita, no milênio da imagem e da informação em que vivemos, mas na verdade desde que contratos são fundamentais para a realização de negócios, pois confiança é ingrediente sem o qual contratos não são firmados. Ao ser acusada de uma prática de cartel, admiti-la em um termo de cessação ou ser publicamente condenada, a firma rompe a relação de confiança do mercado para com ela, sobretudo diante de seus clientes atuais e potenciais. O comprometimento do valor dos ativos intangíveis de imagem, nome e reputação compõe parte essencial da punição dissuasória representada por um processo antitruste em prática de cartel. Não à toa, muitas precisam reestruturar-se completamente e enfrentam processos de recuperação judicial. Emblemático é o caso da Siemens AG, que após rumoroso processo envolvendo corrupção governamental, reorganizou-se integralmente, trocando seu comando mundial e adotando rigoroso programa de *compliance* em escala mundial.

O Cade, seguindo o determinado pela legislação, há muito que exerce a função de punir por meios que transcendem os imediatamente pecuniários, e de forma exemplar. Diz-se exemplar porque o Cade é das autoridades antitruste mais transparente do planeta. A publicidade de seu processo decisório sempre foi uma marca de sua atenção diante do mercado. As sessões decisórias

7 com um modelo dinâmico de oligopólio à la Bertrand com produtos diferenciados.

8 A discussão está presente desde os debates originários, em torno da promulgação da lei Sherman, em 1890. A respeito ver Connor e Lande (2005).

9 São 8 os fatores arrolados para a dosimetria no Art. 45 da lei. “Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração: I - a gravidade da infração; II - a boa-fé do infrator; III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; IV - a consumação ou não da infração; V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros; VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado; VII - a situação econômica do infrator; e VIII - a reincidência” (BRASIL, 2011).



são públicas, os votos que expõe as razões de decidir são disponíveis na íntegra, assim como todos os documentos relevantes para que a sociedade acompanhe as ações em defesa da concorrência. É importante destacar esse ponto, que de tão institucionalizado se tende a tomar como dado, mas está longe de ser trivial e irrelevante: há punições, além das pecuniárias, com grande impacto cumulativo sobre o resultado obtido pelas empresas. Dentre elas, destacam-se: publicar por tempo considerável a decisão em veículo de ampla circulação (atualizando o estatuto, o Cade tem imposto a obrigação de manter a sentença condenatória na página de abertura do site da empresa), perder o acesso a financiamentos públicos e estar impedida de participar de processos públicos de compra e licitação. São punições de grande impacto<sup>10</sup>, que o legislador fez somar às multas pecuniárias com o fito de ampliar o impacto punitivo e, mediatamente, dissuasório sobre práticas infrativas.

### **3 A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA RECENTE NO COMBATE AOS CARTÉIS**

Em 2000, duas inovações institucionais marcaram de forma decisiva mudanças de qualidade da política de concorrência brasileira em sua vertente da dissuasão de cartéis. Passamos a examiná-los.

#### **3.1 O evento divisor de águas: os institutos do acordo de leniência e da busca e apreensão<sup>11</sup>**

O evento divisor de águas na política de dissuasão de cartéis foi a inovação institucional representada pela introdução dos institutos do acordo de leniência e da busca e apreensão. Tal se deu por modificações à lei antitruste então vigente, a Lei nº 8.884/1994 (BRASIL, 1994), que recebeu acréscimos dos artigos 35-B e 35-C por intermédio da Lei nº 10.149/2000 (BRASIL, 2000). A partir de então, as autoridades passaram a deter instrumentos capazes de prover evidências objetivas – documentais e testemunhais – para além das evidências circunstanciais, de frágil sustentação<sup>12</sup>, até então predominantes nos casos de cartel julgados pelo Cade.

Assim,

Em 2000 a lei foi fortalecida pela inclusão de instrumentos – em colaboração com o Ministério Público e a Polícia Federal – de busca e apreensão e introduziu o programa de leniência, seguindo o modelo norte-americano<sup>13</sup>. A partir de então, o Brasil ingressa no rol de países a perseguir os grandes cartéis internacionais, dando curso às investigações de cartéis internacionais iniciadas nos Estados Unidos pelo DoJ, como o cartel das vitaminas, dos eletrodos, das lisinas e das cargas aéreas, sem contar outros na esfera doméstica, como o cartel de britas, de vergalhões e diversos casos envolvendo postos de combustíveis (MOTTA; SALGADO, 2015, p. 16).<sup>14</sup>

10      Cujos impactos merecem uma avaliação e mensuração detalhada, uma importante questão de pesquisa em aberto.

11      Acréscimos dos artigos 35-B e 35-C à Lei 8.884/94 (BRASIL, 1994) por intermédio da Lei 10.149/00 (BRASIL, 2000).

12      Que por si não são suficientes para afastar, em casos concretos, a hipótese de conluio tácito na ausência de evidências objetivas de conluio explícito.

13      Lei nº 10/149/2000.

14      Para uma avaliação desse período também Furquim *et al.* 2010.

Seguindo a experiência exitosa acumulada pelos Estados Unidos<sup>15</sup>, o instrumento do acordo de leniência conferia imunidade total ou parcial à beneficiária - a depender do grau de ciência das autoridades sobre o conluio em questão - além da imunidade criminal dos dirigentes e administradores da empresa beneficiária do acordo.

### 3.2 As alterações introduzidas pela Lei nº 12.529/2011

O segundo evento fundamental a alterar a qualidade da política de dissuasão de cartéis teve lugar com a promulgação da nova lei de defesa da concorrência brasileira, a Lei nº 12.529/2011.

Com isso, alguns aspectos do programa de leniência foram alterados. Quais sejam:

- a) a alteração da autoridade competente: os acordos de leniência passaram a ser celebrados pelo Cade, por intermédio da Superintendência-Geral (SG). Antes da reformulação, esse papel era cumprido pela Secretaria de Direito Econômico (extinta pela Lei nº 12.529/2011) juntamente com o Cade;
- b) o fim do impedimento para que o líder do cartel seja proponente do acordo;
- c) extensão do rol de crimes diretamente relacionados à prática de cartel, que passaram a ter a punibilidade alterada pelo Acordo firmado com o Cade. Cumprido o acordo de leniência, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes em questão.

Outro instrumento fundamental a compor a atual política brasileira de combate a cartéis é o Termo de Cessação de Conduta (TCC), criado pela Lei nº 8.884/1994. Esse instituto teve suas penas aplicáveis às infrações antitruste modificadas pela Lei nº 12.529/2011. Em contraste com o acordo de leniência, que é um instrumento disponível apenas ao primeiro agente infrator a reportar a conduta colusiva ao Cade e cujos benefícios são tanto administrativos quanto criminais, o TCC é acessível a todos os demais investigados na conduta anticompetitiva gerando benefícios apenas no âmbito administrativo.

Conforme vimos na seção 2.1., a teoria nos diz que sempre que for possível, as firmas vão entrar em colusão para elevar seus preços. A decisão de participar ou não de um acordo colusivo envolve um *trade-off* entre lucros de curto prazo e perdas de médio e longo prazo. O mecanismo de leniência extensivo às firmas organizadoras do cartel elimina essas perdas e consolida os ganhos obtidos no curso da ação (curto prazo).

De acordo com Lima (2016, p. 28-30), o sucesso da adoção dos instrumentos de leniência e TCC está refletido em números: até 2015 inclusive, foram assinados 50 acordos de leniência e 14 aditivos desde a introdução do programa em 2000. Nota-se uma mudança de patamar na atratividade representada por esses instrumentos a partir da entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011: entre 2012 e 2015, 28 acordos de leniência (56%) e 11 aditivos (79%) foram assinados o que representa um enorme aumento do interesse por este instrumento de investigação. Além disso, no mesmo período, mais de 100 TCCs foram assinados com Cade em processos contra cartéis, sendo 32 referentes a investigações de cartéis internacionais. Em relação as multas aplicadas, o Fundo de Defesa de Direitos Difusos

15 A iniciativa do legislador brasileiro caminhou à frente de outras que se seguiram com pequenas variantes, como as do Reino Unido e da União Europeia.





recebeu mais de 500 milhões de reais em 2015, dez vezes o valor recebido em 2012 (LIMA, 2016).

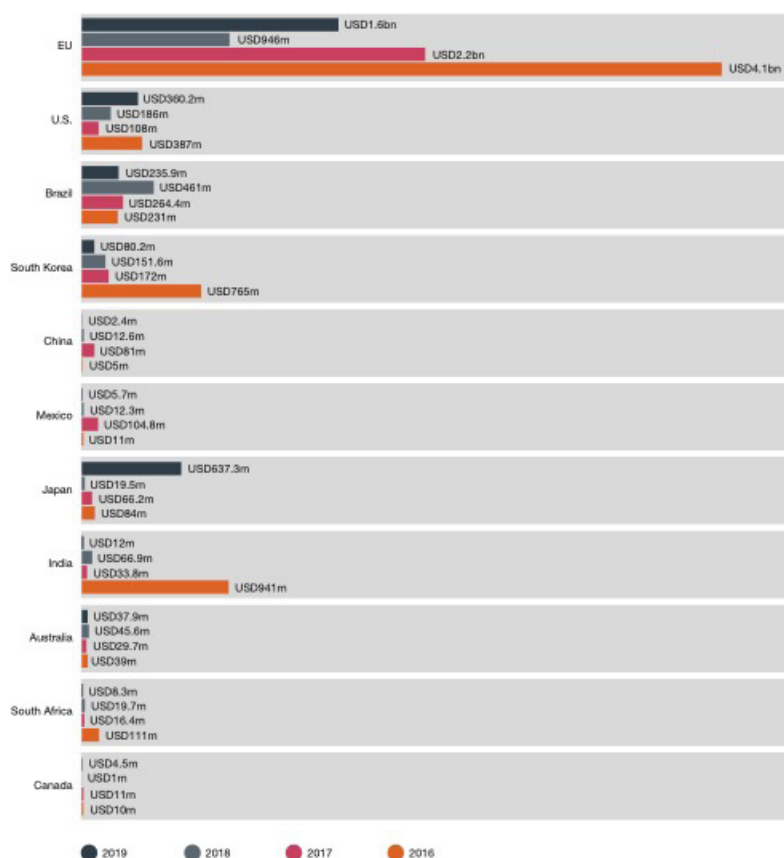
**TABELA 1. ESTATÍSTICA DESCRITIVA DOS CASOS DE CARTEIS**

Período em que o cartel foi detectado	1994-1999	2000-2014
Número de casos	35	38
Total das multas em R\$ (sem descontos) <sup>16</sup>	279.395.073,83	10.170.808.649,01
Total das multas em R\$ (com descontos) <sup>17</sup>	279.395.073,83	9.426.903.960,32
Duração média dos cartéis (anos)	4,89	7,34
Média do nº de firmas	2,83	4,18

Fonte: Lima (2016).

Mais recentemente, o número de cartéis detectados e punidos aumentou consideravelmente, a ponto de a quantidade de condenações e multas aplicadas no Brasil aproximarem-se do padrão estadunidense, como se pode ver na tabela 2.

**TABELA 2. COMPARAÇÃO ENTRE MULTAS APLICADAS SOBRE CARTEIS EM JURISDIÇÕES SELECIONADAS**



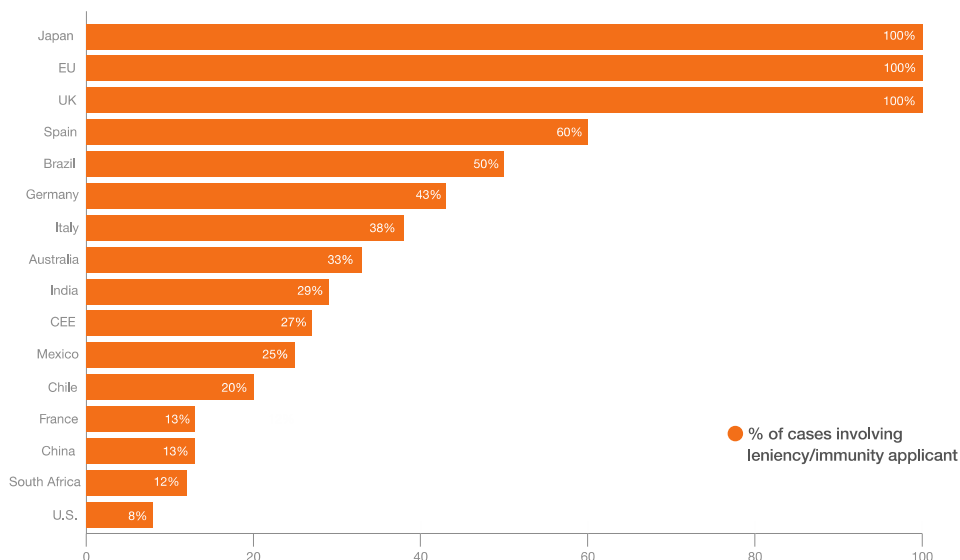
16 Somatório das multas sem a aplicação dos descontos garantidos pelos acordos de leniência mais as multas esperadas dos casos em que houve assinatura de TCC's.

17 Somatório das multas com os descontos garantidos pelos acordos de leniência mais as contribuições pecuniárias dos casos em que houve assinatura de TCC's.

**TABELA 3. COMPARAÇÃO DE DECISÕES EM CARTEL COM APLICAÇÃO DE LENIÊNCIA/IMUNIDADE**

**CARTEL DECISIONS INVOLVING AN IMMUNITY/LENIENCY APPLICATION**

Selected jurisdictions with three cartel decisions or more



Fonte: Global Antitrust Cartel Enforcement Report (2020).

Como se vê, o Brasil ocupa posição de destaque tanto no ranking de valor de multas como no número de casos concluídos com acordos de leniência ou de colaboração, que chegam a 50% dos casos, padrão apenas superado por Espanha (60%), Reino Unido, União Europeia e Japão, jurisdições onde todos os casos envolvem acordos de leniência ou imunidade por colaboração.

#### **4. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA À EXPERIÊNCIA BRASILEIRA**

A importância dos programas de leniência tem sido festejada por organizações que reúnem autoridades e profissionais da prática antitruste, como o *International Competition Network* em cujo documento sobre o tema<sup>18</sup> se lê que o instrumento fornece um plano de combate a cartéis efetivo por i) desencorajar a participação de empresas em cartel; ii) estimular a desistência de participação em cartéis preestabelecidos; iii) aumenta a probabilidade de detecção de um cartel; e iv) aumentar a possibilidade de punição.

Por longo tempo, prevaleceu na teoria microeconômica a ideia desenvolvida por Stigler (1968) de que a conduta colusiva – a organização e sustentação de cartéis – constituiria uma exceção ao funcionamento dos mercados, movidos estes pela racionalidade individual-maximizadora; o conjunto de requerimentos para a operacionalização de cartéis seria de tal ordem que os tornaria eventos raros e de fôlego curto. Essa abordagem ao problema, cética à capacidade de líderes de cartéis manterem a disciplina interna, garantindo a estabilidade do cartel com o emprego de mecanismos

18 *Anticartel enforcement manual*. 2009. Disponível em: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc341.pdf>. A mesma análise é apresentada pela OCDE em seu relatório para combate de cartéis *HardCore* (2002, p. 7).

de monitoração e ameaça crível de retaliação – embora ainda figure em manuais de microeconomia, vem sendo sistematicamente falsificada pela experiência recente em antitruste. Desde os primeiros casos de cartéis internacionais, desvendados pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos com o emprego do instrumental equivalente ao acordo de leniência (os cartéis das vitaminas e das lisinas) têm obrigado a revisão do entendimento prevalecente sobre as condições de organização, funcionamento e manutenção desses arranjos anticompetitivos.

Os programas de leniência foram adotados originalmente pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos em 1993, após substancial revisão do mecanismo de barganha previsto desde 1978, tornando-o menos restritivo; experiência seguida pelo Reino Unido e pelo Brasil em 2000, pela França e Alemanha em 2001 e pela União Europeia em 2003. Esses programas têm, de fato, trazido à luz significativo número de acordos colusivos, mantidos por longos períodos e até então desconhecidos das autoridades.

O mecanismo de redução de multas funciona como um incentivo para que os membros do cartel tragam informações à autoridade antitruste. Uma vez detectados elementos que deem ensejo à autoridade a entender tratar-se de um cartel, a probabilidade de punição passa a ser grande, mesmo que a autoridade ainda não disponha de todas as evidências. Note-se que é apenas no Brasil que o mecanismo de redução de multas vai ao extremo de conceder anistia e imunidade àquela que primeiro revelar o esquema, mesmo que tenha liderado o conluio e coagido rivais a tomar parte. Colaborar torna-se, portanto, a estratégia vencedora para os participantes do cartel e, como para tornar-se elegível ao benefício de redução de multas é preciso trazer informações relevantes para a investigação, a conduta racional passa a ser levar à autoridade toda e qualquer informação de que a proponente do acordo disponha, mesmo que essas informações venham a ser considerada no todo ou em parte irrelevante para o caso ou inexatas. De onde não se pode afastar a importância da investigação e da análise realizados pela autoridade.

#### 4.1 Desalinhamento de incentivos e acordos de leniência (e cooperação)

A heurística de investigação de cartéis no Brasil, tal como orientada por decisões recentes do Cade, tem explicitamente deixado de lado a análise de estruturas de mercado, características da oferta (custos) e demanda (desenhos de contratos), que eventualmente podem responder por desalinhamento de incentivos e construção de estratégias diferentes por parte das empresas<sup>19</sup>. Essa leitura de que tudo se passa como se incentivos a orientar estratégias fossem homogêneos<sup>20</sup>, não encontra respaldo na teoria econômica. Shapiro (2007) nos ensina que

Assimetrias em participações de mercado tendem a tornar mais difícil a sustentação da colusão. Para propósitos ilustrativos, suponha que uma firma  $i$  tenha uma participação de mercado de  $s_i$ . A condição para que ela coopere e não deserte é  $s_i \pi(P)/(1-\delta) > \pi(P)$ , que pode ser escrito como  $s_i > 1-\delta$ . Essa condição será mais difícil de ser cumprida para as firmas com menores participações de mercado, dado que essas firmas estão sujeitas à tentação de aumentar suas participações antes que as demais firmas possam responder e, ao mesmo tempo, têm menos lucros a perder em

19

20 Implicitamente supõe a aplicação de um modelo simples com empresas idênticas em tamanho e custo.

caso de punição (o que torna os lucros de todas as firmas iguais a zero). Definindo  $s_{\min}$  como a participação de mercado da firma com menor participação, temos então que as firmas terão que ser mais pacientes para sustentar um resultado colusivo. As firmas menores desempenham o papel de contestadoras (maverick), ou seja, a firma mais disposta a desertar de um resultado colusivo. (SHAPIRO, 2007, p. 36, tradução nossa).<sup>21</sup>

Shapiro segue frisando que o modelo simples, que indica o equilíbrio em conluio, não é capaz de capturar sutilezas como as descritas<sup>22</sup> – que seja, porque têm participações de mercado diferentes, custos diferentes, ou produtos diferentes – firmas podem ter forte incentivo para não tomar parte em cartéis existentes. Tais sutilezas “tendem a ser ainda mais importantes na prática” (ibdem), segundo ele.

A teoria e a prática há muito nos ensinam que a presença de firmas com menor participação de mercado, que têm incentivo para desertar, é disruptiva para as líderes.<sup>23</sup> O dispositivo legal que contempla líderes de cartel com imunidade antitruste – mesmo tendo feito uso de coerção e punição para manter a disciplina do acordo colusivo – aumenta os ganhos líquidos da conduta colusiva, ao reduzir – ou no limite eliminar – o custo da detecção e condenação da prática.

A estratégia dominante para as líderes torna-se: i) organizar um cartel; ii) coagir a franja do mercado a respeitar suas normas, (seja compartilhar informações sobre preços e propostas a clientes potenciais, seja participar de reuniões convocadas pelas líderes) sob pena de retaliação capaz de inviabilizar a sobrevivência no mercado das concorrentes menores e, no momento seguinte, iii) consolidar os ganhos obtidos durante a organização do cartel obtendo a imunidade conferida pelo acordo de leniência.<sup>24</sup>

Harrington (2009, p. 42) reforça o ponto feito acima, em análise da colusão entre firmas com diferentes fatores de desconto – diferentes valorações de ganhos por curso de ação no curto e longo prazo, estando associadas tais valorações às suas diferentes posições de mercado. Esse autor também demonstrou como firmas com pequena participação de mercado encontram maiores chances de aumentar sua participação de mercado – e, por decorrência, sua lucratividade – em condições de competição. Essas empresas maverick são, portanto, particularmente perniciosas do ponto de vista das líderes organizadoras do cartel e sua indisposição em obedecer à disciplina do cartel atrapalha o objetivo de maximização de lucros ao nível de monopólio e compartilhamento, imposto pelas líderes. Quando surpreendidas descumprindo o acordo colusivo, são punidas exemplarmente, tornando crível a ameaça permanente de novas retaliações – que se concretizada representaria a inviabilização econômica da rival menor.

21 *Asymmetries in market shares tend to make it more difficult to sustain collusion. For illustrative purposes, suppose that firm  $i$  has a market share of  $s_i$ . The condition for this firm to cooperate rather than defect is  $s_i \pi(P)/(1-\delta) > \pi(P)$ , which can be written as  $s_i > 1-\delta$ . This condition will be most difficult to meet for the firm with the smallest market share, since this firm has the greatest temptation to gain share before the other firms can respond and also the least profits to lose from punishment that renders all firms' profits equal to zero. Defining  $s_{\min}$  as the market share of the smallest firm, we get  $\delta^* = 1 - s_{\min} > 1 - 1/N$ , so the firms must be more patient to sustain the collusive outcome. The smallest firm plays the role of the maverick, that is, the firm most prone to defection from the collusive outcome (SHAPIRO, 2007, p. 36).*

22 Lembre-se que em muitas situações de mercado, modeláveis como jogos, há múltiplos equilíbrios possíveis, sobretudo quando decisões são tomadas em dimensão intertemporal (ou dinâmica).

23 Shapiro, op. cit. p. 40.

24 consolidação dos ganhos integrais no caso de proposição de acordo à autoridade antes da abertura de investigação, parcial, no caso da investigação já encontrar-se em curso.

## 4.2 Acordos de leniência como segunda melhor solução possível (2nd Best)

Motta e Polo (2003) inauguraram a literatura que avalia os efeitos de acordos de leniência e cooperação. Um dos principais resultados obtidos foi identificar que, com a adoção de programas de leniência, a sociedade tende a ser beneficiada, por um lado pela cessação da prática, por outro pelo encurtamento do tempo dispendido na investigação, visto que informações aduzidas pelas firmas permitirão uma conclusão mais ágil do caso, com a conseqüente economia de recursos públicos.

No equilíbrio colusivo, há dois desvios possíveis: i) o desvio de estratégia de mercado, adotado frequentemente por firmas menores e por aquelas focadas na competição por diferenciação, cujos incentivos para não aderir às regras do cartel são maiores; ii) o desvio da estratégia de revelar informação à autoridade, uma vez aberta a investigação.

O primeiro desvio é potencializado em estruturas de mercado assimétricas, onde disputam o mercado e convivem em um mesmo ambiente econômico empresas com dimensão – e estrutura de custo – diversa e, portanto, posições de mercado e estruturas de incentivo também diversas, conforme nos ensina Shapiro (2007).

O segundo desvio, seguindo a reflexão de Motta e Polo (2003), é potencializado pelo mecanismo-chave dos programas de leniência e está representado pela regra que permite às firmas receber redução de multas mesmo depois da investigação já ter sido aberta (o que na jurisdição brasileira toma a forma do TCC); o mecanismo de incentivo para a revelação de informação reside aí: uma vez aberta a investigação, nenhuma firma participante do conluio pode estar em melhor situação não relevando informação. Colaborar com a autoridade passa a ser a estratégia dominante (vale a restrição de compatibilidade de incentivos).

Uma vez aberta uma investigação de cartel não há racionalidade econômica em deixar de colaborar com a autoridade. Passa a ser em seu melhor interesse que uma firma investigada colabore para esclarecer tanto quanto possível o quadro fático e as relações de causalidade envolvendo os indícios de conduta colusiva. Ampliar a possibilidade para que de uma firma beneficie-se de um acordo de leniência torna mais eficiente a investigação, pois mais completa – em vista das informações trazidas pelas colaboradoras - mais célere e menos custosa – em função da economia de recursos públicos.

Há, contudo, um efeito perverso importante gerado por acordos de leniência: os incentivos à própria colusão, já que os custos associados à punição são reduzidos – ou eliminados, no caso brasileiro – e tal redução é conhecida *ex ante*. Motta e Polo (2003) alertam para o efeito pró-colusivo de políticas que forneçam redução de multas a firmas participantes de conluio. Portanto, não é possível afirmar que um programa de leniência eleve inequivocamente o bem-estar<sup>25</sup> – o que, como sabemos, é o objetivo da defesa da concorrência. Nesse trabalho seminal, os autores mostram que, numa perspectiva *second best*, a adoção de programas de leniência pode ser desejável por incentivar a desistência *ex post* da colusão e economizar recursos de investigação para novos casos. No Brasil, o efeito perverso e acordos de leniência, identificado por Motta e Polo, de incentivo *ex ante* ao cartel, por reduzir o custo associado à punição, tem sido magnificado, por serem elegíveis para a anistia antitruste firmas que formaram, lideraram e conduziram os cartéis, mesmo que tenham usado de coerção contra rivais. Ademais, como se verá na próxima subseção, não há evidências de que o efeito

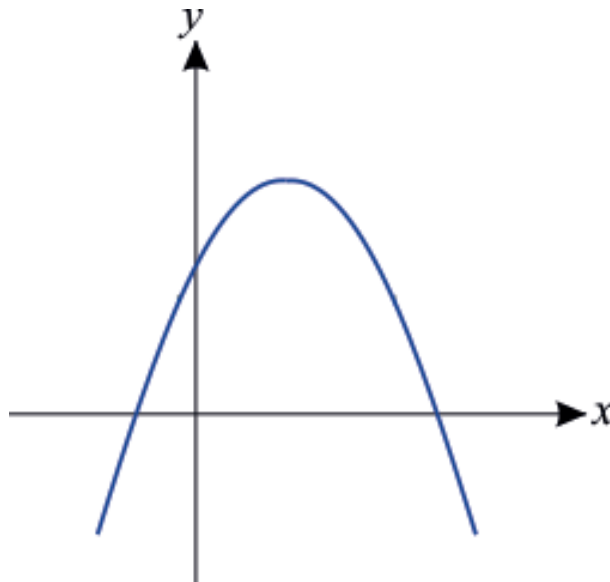
positivo de reduzir os custos de investigação e dissuadir futuros cartéis esteja sendo produzido pela adoção do instrumento de leniência no Brasil.

## 5. EFEITOS DA AMPLIAÇÃO DO USO DO INSTRUMENTO DE LENIÊNCIA NO BRASIL

A teoria econômica e a experiência brasileira a partir de 2012 com acordos de leniência e TCCs nos sugere a existência de um *trade-off* de custos e benefícios na relação entre o uso desses instrumentos (com sua extensão apresentada no eixo x) e os efeitos líquidos sobre bem-estar (no eixo y), indicando haver um ponto de ótimo Paretiano a partir do qual a extensão do uso do instrumento gera resultados opostos ao determinado pela lei – a proteção da concorrência. Muito provavelmente, a relação entre o uso eficiente do instrumento (diferença entre custos e benefícios para a concorrência) não é monotônica e tomará a forma de uma parábola com concavidade negativa, representando seu vértice o ótimo Paretiano de uso do instrumento – a partir do que incentivos à colusão passam a prevalecer sobre os incentivos à concorrência, implicando, portanto, perdas de bem-estar.

Uma ilustração esquemática dessa relação seria a apresentada no gráfico 1 abaixo.

GRÁFICO 1. GANHOS E PERDAS COM EXTENSÃO DA LENIÊNCIA



Elaboração própria

Sendo o eixo y representado pelos ganhos líquidos em concorrência e o eixo x representado pela extensão do uso do instrumento da leniência, com o vértice indicando o ponto a partir do qual firmas líderes condutoras de cartéis passam a ser elegíveis para obter o benefício da imunidade antitruste, total ou parcial.

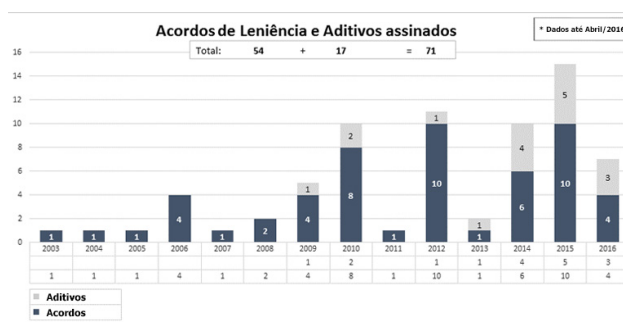
Salienta-se aqui o risco que a utilização dos instrumentos de leniência e acordos além de um ótimo Paretiano: conferir imunidade a firmas que lideram cartéis e impõe disciplina a rivais menores (que em condições normais, teriam incentivos econômicos para não aderir à regra do cartel), por meio da ameaça crível de retaliação, confere incentivo adicional à colusão, por cancelar os custos da conduta (tornando negligenciável o risco de ser apanhado e punido) e elevar os benefícios, com o enfraquecimento e no limite eliminação de rivais incômodos. A extensão de imunidade a firmas

líderes, excentricidade da jurisdição brasileira, dá ensejo ao uso predatório do dispositivo antitruste e merece ser adotada com extrema cautela.

A análise empírica realizada por Lima (op. cit.)<sup>26</sup> sobre a política brasileira de detenção de cartéis traz à luz importantes aspectos para auxiliar a reflexão sobre sua eficácia e possível revisão de rota. Com amparo na literatura relevante, a autora formula uma série de hipóteses que, aplicadas à análise dos dados levantados em 73 casos de cartel identificados pelo Cade, permitem avaliar o impacto da introdução do programa de leniência. Conclui que houve aumento acentuado das multas<sup>27</sup>, da média de firmas identificadas em acordos colusivos e do tempo de duração de cartéis identificados<sup>28</sup>.

Um dos principais atributos a recomendar a adoção de um programa de leniência – seu potencial redutor de custos administrativos associados à investigação, garantindo uso mais eficiente dos recursos públicos – não é confirmado pela análise da experiência brasileira. Não há elementos para afirmar que a adoção do programa de leniência tenha reduzido custos de investigação e aplicação (enforcement) da lei (custos de litigância) por parte da administração pública. Embora o Cade tenha firmado 54 acordos de leniência desde a adoção do programa até abril de 2016 (conforme tabela 4), apenas 6 processos administrativos foram julgados. Considerando o cenário de adoção de programa de leniência, o tempo médio de duração dos processos administrativos em que foram assinados acordos de leniência é de 7 anos enquanto que o tempo médio daqueles que não tiveram acordo de leniência é de 5,44 anos. O tempo médio de duração dos processos administrativos até a assinatura do primeiro TCC também é maior do que aqueles sem TCC, sendo 6,37 anos e 4,6 anos respectivamente. Pondera-se que embora a atual situação em relação quadro técnico da autarquia possa não ser um retrato de todo o período de atividade do Cade sob análise, ela pode explicar em parte o fato de que um processo administrativo com ocorrência de um acordo de leniência não terá necessariamente seu tempo de duração reduzido em função de tal acordo (pp.44).

**TABELA 4. ACORDOS DE LENIÊNCIA FIRMADOS PELO CADE**



26 O estudo foi realizado amostra é constituída por 73 casos de cartel investigados e julgados pelo Cade entre os anos de 1994 e 2016. Todas as informações coletadas estão disponíveis no endereço eletrônico da autarquia ([www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br)), na sessão Pesquisa Processual. As fontes de informações consultadas foram principalmente votos e relatórios proferidos pelos Conselheiros-Relatores dos processos administrativos e dos requerimentos TCC, relatórios da SG, da SDE e acórdãos. Os valores das multas imputadas às empresas condenadas por cartel, assim como os valores de contribuição pecuniária (nos casos onde foram firmados TCCs) estão expressos em reais e formam atualizados pelo IPCA, ano base 2015.

27 O nível de multas por processo administrativo foi utilizado no estudo como proxy para informação revelada, considerando que casos mais bem documentados podem gerar penalidades mais severas. O resultado indica, portanto, a ocorrência de nível mais elevado de informações reveladas sobre os cartéis após a adoção do programa de leniência.

28 As evidências sugerem que o programa de leniência ajuda a desestabilizar cartéis existentes na medida que a duração média dos cartéis detectados após a adoção do programa aumenta, denotando que cartéis marginais (mais instáveis) são desestimulados a manterem os acordos, em consequência, cresce a parcela de cartéis mais estáveis na população de cartéis detectados.



Atualizando o quadro com dados constantes dos relatórios do Cade, até dezembro de 2016 foram 11 os acordos e 6 os aditivos e em 2017, foram 21 os acordos e 3 os aditivos<sup>29</sup>.

Porquanto existem evidências indiretas de que o programa de leniência esteja ajudando a desestabilizar cartéis existentes<sup>30</sup>, não há evidências para concluir que o programa esteja de fato desestimulando o surgimento de novos cartéis – objetivo fundamental da política de dissuasão de cartéis<sup>31</sup>.

Em suma, salientamos que a abordagem conferida ao combate aos cartéis, por meio da ampliação do escopo do instrumento de leniência no Brasil tem deixado de considerar:

- 1) assimetrias em participações de mercado levam a incentivos distintos para a adoção de conduta colusiva e deserção de cartéis. A aplicação da lei antitruste na sua faceta de dissuasão de cartéis no Brasil tem tratado de forma indistinta todas as participantes do mercado, independentemente de seu posicionamento como líderes do arranjo colusivo ou participantes da franja de pequenas empresas. A análise econômica dos incentivos distintos a guiar as ações estratégicas das empresas mostra-se como necessária para a aplicação eficiente da lei, de modo a maximizar o seu efeito dissuasório sobre condutas anticompetitivas.
- 2) a possibilidade de celebração de acordos de leniência por parte de firmas líderes, tanto do mercado como de condutas colusivas, pode gerar incentivos distorcidos para o objetivo teleológico da lei. Ao retirar a restrição a que firmas líderes do conluio pudessem usufruir dos benefícios da leniência, em estruturas de mercado assimétricas – em que poucas firmas dominantes convivem com franja de competidores de menor porte – geram diferenças também em estratégias empresariais.

## 5.1 Desalinhamento de incentivos e acordos de leniência (e cooperação)

A heurística de investigação de cartéis no Brasil, tal como orientada por decisões recentes do Cade, tem explicitamente deixado de lado a análise de estruturas de mercado, características da oferta (custos) e demanda (desenhos de contratos), que eventualmente podem responder por desalinhamento de incentivos e construção de estratégias diferentes por parte das empresas. Essa

---

29 A série interrompe-se em 2017 em virtude das mudanças no modo de divulgação de dados pelo Cade, que passa a produzir relatórios de gestão voltados para órgãos de controle, deixando de disponibilizar o conjunto de dados referentes aos julgados.

30 A duração média dos cartéis detectados após a adoção do programa aumenta, denotando que cartéis marginais (mais instáveis) são desestimulados a manterem os acordos, em consequência cresce a parcela de cartéis mais estáveis na população de cartéis detectados.

31 Esse resultado está em consonância com parte importante da literatura recente em antitruste. Crandall e Winston (2003), por exemplo, questionam, com fundamento em estudo empírico, a propalada eficácia da política de dissuasão de cartéis, em linha com estudiosos como William Kovacic e Jonathan Baker - que demonstram preocupação sobretudo com os incentivos gerados pela recuperação tripla de danos em ações privadas, prevista na legislação norte-americana. Crandall and Winston (2003) argumentam que a política antitruste (nos EUA) não tem sido efetiva nem para elevar o bem-estar do consumidor nem para dissuader condutas anticompetitivas: *"We find little empirical evidence that past [antitrust] interventions have provided much direct benefit to consumers or significantly deterred anticompetitive behavior."*



leitura, segundo a qual tudo se passa como se incentivos a orientar estratégias fossem homogêneos<sup>32</sup>, não encontra respaldo na teoria econômica. Shapiro (2007) nos ensina que:

Assimetrias em participações de mercado tendem a tornar mais difícil a sustentação da colusão. Para propósitos ilustrativos, suponha que a firma  $i$  tenha a participação de mercado de  $s_i$ . A condição para que a firma deserte é  $s_i\pi(P)/(1-\delta) > \pi(P)$ , que pode ser escrito como  $s_i > 1-\delta$ . Essa condição será atingida com dificuldade extrema pela firma com a menor participação de mercado, na medida em que essa firma está sujeita à maior tentação de ganhar participação antes que as outras firmas possam responder e, ao mesmo tempo, tem menos a perder em lucros com a punição que leva o lucro de todas as firmas para igualarem-se a zero (...). A firma menor desempenha o papel de maverick, quer dizer, a firma mais inclinada à deserção com relação ao resultado colusivo (SHAPIRO, 2007, p. 36).

Embora seja instrutivo, o modelo simples (que supõe simetria entre posições de mercado e custos) é incapaz de capturar os outros fatores mencionados acima, os quais tendem a ser ainda mais importantes na prática. De particular relevo é a tentação a que está sujeita uma firma pequena para declinar da participação do arranjo colusivo ou secretamente oferecer preços mais baixos a seus clientes para atender, digamos, 4% em vez de 2% do mercado. Uma vez que cortes de preços adotados por uma firma pequena são menos provavelmente observados ou inferidos pelas outras firmas do que seriam cortes de parte de firmas maiores, a presença de firmas pequenas no mercado que são capazes de se expandir é especialmente disruptiva para a colusão efetiva” (SHAPIRO, 2007, p. 36, tradução nossa)<sup>33</sup>.

Coagir as empresas menores a participarem de um acordo, com ameaça crível de retaliação, é a estratégia dominante para as empresas de maior porte, enquanto operar de forma independente – em deserção ao cartel – ao tempo em que “se guarda as aparências” de modo a evitar a retaliação, é a estratégia dominante para as empresas da franja.

A estratégia dominante torna-se organizar um cartel, coagir a franja do mercado a respeitar suas normas - seja compartilhar informações sobre preços e propostas a clientes potenciais, seja participar de reuniões convocadas pelas líderes - sob pena de retaliação capaz de inviabilizar a sobrevivência no mercado das concorrentes menores e, no momento seguinte, consolidar os ganhos obtidos durante a organização do cartel obtendo a imunidade conferida pelo acordo de leniência<sup>34</sup>.

Harrington (2009, p. 42) reforça o ponto feito acima, em análise da colusão entre firmas com diferentes fatores de desconto – diferentes valorações de ganhos por curso de ação no curto e longo

32 Implicamente supõe a aplicação de um modelo simples com empresas idênticas em tamanho e custo.

33 *Asymmetries in market shares tend to make it more difficult to sustain collusion. For illustrative purposes, suppose that firm  $i$  has a market share of  $s_i$ . The condition for this firm to cooperate rather than defect is  $s_i\pi(P)/(1-\delta) > \pi(P)$ , which can be written as  $s_i > 1-\delta$ . This condition will be most difficult to meet for the firm with the smallest market share, since this firm has the greatest temptation to gain share before the other firms can respond and also the least profits to lose from punishment that renders all firms' profits equal to zero. Defining  $s_{min}$  as the market share of the smallest firm, we get  $\delta^*=1-s_{min} > 1-1/N$ , so the firms must be more patient to sustain the collusive outcome. The smallest firm plays the role of the maverick, that is, the firm most prone to defection from the collusive outcome. While instructive, this simple model is unable to capture the other factors noted above, which tend to be even more important in practice. Of particular note is the temptation of one relatively small firm to decline to participate in the collusive arrangement or secretly to cut prices to serve, say 4% rather than 2% of the market. As long as price cuts by a small firm are less likely to be accurately observed or inferred by the other firms than are price cuts by larger firms, the presence of small firms that are capable of expanding is especially disruptive to effective collusion (SHAPIRO, 2007, p. 36).*

34 consolidação dos ganhos integrais, no caso de proposição de acordo à autoridade antes da abertura de investigação, e parcial, no caso da investigação já encontrar-se em curso.

prazo, estando associadas tais valorações às suas diferentes posições de mercado. Esse autor também demonstrou como firmas com pequena participação de mercado encontram maiores chances de aumentar sua participação de mercado – e por decorrência, sua lucratividade – em condições de competição. Essas empresas maverick são, portanto, particularmente “perniciosas” do ponto de vista das líderes organizadoras do cartel e sua indisposição em obedecer à disciplina do cartel “atrapalha” o objetivo de maximização de lucros ao nível de monopólio e compartilhamento, imposto pelas líderes. Quando surpreendidas descumprindo o acordo colusivo, são punidas exemplarmente, tornando crível a ameaça permanente de novas retaliações – que se concretizada representaria a inviabilização econômica da pequena rival.

## 6. CONCLUSÃO

Analisando a experiência recente do Cade no combate a cartéis, destacamos três fragilidades que merecem atenção e apontam para a necessidade de correção de rota:

- 1) percebe-se a ausência de ponderação do impacto da assimetria de posições no mercado de produto sobre o funcionamento de arranjos colusivos;
- 2) percebe-se a frequência de acordos de leniência celebrados com firmas que, além de responderem pela liderança dos arranjos colusivos, fizeram uso de coação e ameaça para obter a adesão da franja do mercado;
- 3) nota-se a ausência em investigações envolvendo práticas colusivas de análise fundamentada, seja na moderna teoria da concorrência imperfeita, seja na economia de custos de transação<sup>35</sup> que jogue luz sobre estruturas de mercado – a indicar distinções nos incentivos a orientar condutas

Um segundo aspecto do modo de aplicação da lei de defesa da concorrência no combate a cartéis merece revisão cuidadosa: A ênfase no tratamento per se de casos de cartel tem dado ensejo ao tratamento das firmas como se posições de mercado (*market share*), arranjos contratuais com clientes e fornecedores e estruturas de custo fossem homogêneos. O tratamento econômico rigoroso, fundamentado na teoria da concorrência imperfeita e na economia de custos de transação, tão consolidado em outras vertentes de aplicação da lei de defesa da concorrência, tem sido negligenciado no tratamento de casos envolvendo acusação de cartel. A suposição implícita de que firmas sejam homogêneas, com incentivos coincidentes deixa de considerar importantes assimetrias que tendem a gerar divergência em incentivos e, portanto, estratégias de atuação no mercado distintas.

Examinando as informações disponíveis sobre acordos de leniência e TCC celebrados<sup>36</sup>, nota-se a recorrência do padrão em que há um núcleo duro de empresas dominantes no mercado e uma franja – seja por atuarem em nicho, seja por terem menor escala, à mercê das práticas de coerção e retaliação impostas pelas dominantes. Diante da perspectiva de imunidade total (leniência) ou parcial (TCC), o monitoramento com ameaça de retaliação<sup>37</sup> é fortalecido, assim como geram-se

35 Análise esta firmemente enraizada na jurisprudência do Cade em suas funções preventiva e dissuasória do abuso de posição dominante.

36 Sobretudo as disponibilizadas pelo recente trabalho de Lima (2016).

37 Conforme alertou Shapiro (2007).



incentivos adicionais para manutenção dessas práticas (MOTTA; POLO, 2003).

Ao se permitir que firmas que coordenaram cartéis com uso de instrumentos coercitivos sejam beneficiadas com imunidade antitruste garante-se que, de uma só vez, as empresas líderes de cartéis tenham consolidado ganhos obtidos com a conduta de monopólio compartilhado e criem dificuldades a concorrentes, no limite, livrando-se da franja de empresas incômodas, *maverick*, capazes de desestabilizar cartéis.

A condução da política antitruste brasileira em sua vertente de combate aos cartéis merece ser revista com cuidado, para que o resultado de sucessivos acordos de leniência celebrados com firmas líderes – na coordenação de cartéis e no mercado – não venha a redundar em menor concorrência, estimulando a organização e perpetuação de cartéis. Vimos como esse efeito adverso pode ocorrer, na medida em que as líderes consigam dissuadir, seja por ameaça de retaliação, seja por punição exemplar, firmas contestadoras que se “atrevam” a enfrentar as dominantes, consolidando assim os seus ganhos anticompetitivos. O cálculo custo-benefício atual induz firmas líderes - após anos de ganhos excessivos e indevidos - a denunciar o arranjo em troca de imunidade total (leniência) ou parcial (nos casos de TCC). Ainda levam como bônus o ganho adicional de mercado, na medida em que as empresas menores, colhidas na investigação disparada por sua denúncia, fragilizam-se financeiramente ou mesmo têm sua sobrevivência inviabilizada. A(s) firma(s) dominante(s), ao obterem imunidade antitruste aumentam de seu poder de mercado e enfraquecem a franja firmas que tornava mais custosa e instável a manutenção do arranjo colusivo.

É por isso que a autoridade antitruste brasileira precisa cuidar para garantir o cumprimento do princípio teleológico da lei: proteger a concorrência. Não será punindo em desacordo com o princípio da razoabilidade e proporcionalidade firmas que de forma consistente desviam da conduta colusiva e premiando firmas que lideram cartéis que o espírito da lei será homenageado.

Finalmente, assumir o caráter *per se* da infração de cartel não descarta a necessidade de se adotar critérios de razoabilidade na análise e proporcionalidade da decisão. A defesa da concorrência, objetivo da aplicação da lei, será sempre melhor atendida quanto mais cuidadosa e profunda for a análise econômica que a fundamenta.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Análise Econômica da Defesa da Concorrência. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2011.

BAUMOL, William J; ORDOVER, Janusz. Use of Antitrust to Subvert Competition. **Journal of Law and Economics**, v. 28, n. 2, 1985.

BECKER, Gary S. Crime and Punishment: an Economic Approach. **Journal of Political Economy**, v. 76. n. 2, 1968.

BOWLES, Samuel; GINTIS, Herbert, **A Cooperative Species: Human Reciprocity and Its Evolution**. Princeton: Princeton University Press, 2010.

BRASIL. **Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 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. Brasília: Presidência da República, 2000.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** 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. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

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. Brasília, DF: Presidência da República, 1994.

CONNOR, John M.; LANDE, Robert H. How High do Cartels Raise Prices? Implications for Optimal Cartel Fines. **Tulane Law Review**, v. 80, n. 513, 2005.

CRANDALL, Robert; WINSTON, Clifford. Does Antitrust Policy Improve Consumer Welfare? Assessing the Evidence. **Journal of Economic Perspectives**, v. 17, n. 4, 2003.

FRANCO, Gustavo H. B.; GIAMBIAGI, Fábio. **Antologia da maldade:** Um dicionário de citações, associações ilícitas e ligações perigosas. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

GLOBAL ANTITRUST ENFORCEMENT REPORT. **Allen & Overy**, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3t1zZEH>. Acesso em: 29 abr. 2022.

HARRINGTON JR., Joseph E. Modeling the Birth and Death of Cartels with An Application to Evaluating Competition Policy. **Journal of the European Economic Association**, v. 7, n. 6, 2009.

LIMA, Fernanda Mariana da. **Os programas de leniência e cooperação no Brasil:** uma análise empírica para os anos de 1994 a 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Econômicas) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

MOTTA, Massimo; POLO, Michele. Leniency programs and cartel prosecution. **International Journal of Industrial Organization**, v. 21, n. 3, 2003.

MOTTA, Massimo; SALGADO, Lucia Helena. **Política de Concorrência:** Teoria e Prática no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência:** Brasil. Paris: OCDE, 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Usando a Clemência para Combater Cartéis.** Paris: OCDE, 2002.

SALGADO, Lucia Helena. **A Economia Política da Ação Antitruste.** São Paulo: Singular, 1997.

SHAPIRO, Carl. Antitrust. In: **Handbook of Law and Economics.** POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven (ed.). Amsterdam: North-Holland, 2007.

SPAGNOLO, Giancarlo. Leniency and whistleblowers in antitrust. **CEPR Discussion Paper**, n. 5794, 2006.

STIGLITZ, Joseph E. **The Economics of Public Sector.** 3. ed. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 2010.

#### COMO CITAR ESTE ARTIGO:



SALGADO, Lucia Helena. Avaliando a eficácia da política brasileira de combate aos cartéis: dissuasão ou promoção? **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 1., p. 7-29, 2022.

# 2

## O PAPEL DA OCDE NO APRIMORAMENTO DA POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL: UM BREVE BALANÇO POR OCASIÃO DOS 10 ANOS DA LEI Nº 12.529/2011<sup>1</sup>

The role of the OECD in improving competition policy in Brazil: a brief review on the occasion of the 10th anniversary of Law Number 12.529/2011

Paulo Burnier da Silveira<sup>2</sup>

Universidade de Brasília (UNB/DF) - Brasília/DF, Brasil

### RESUMO ESTRUTURADO

**Contextualização:** 14% dos votos do Tribunal do Cade relativo ao período de 2015 a 2021 mencionam a OCDE, o que denota a importância de suas orientações no tema da defesa da concorrência no Brasil. A experiência brasileira na defesa da concorrência também tem sido incorporada aos debates da organização, o que se consolida com a entrada do Brasil como Membro-Associado em seu Comitê de Concorrência em 2019.

**Objetivo:** Este artigo informativo analisa o papel da OCDE no aprimoramento da política de defesa da concorrência no Brasil, por ocasião dos eventos comemorativos dos 10 anos de vigência da Lei nº 12.529/2011.

**Método:** O artigo buscou analisar o processo de estreitamento dos laços institucionais entre as duas instituições.

**Resultados:** Os resultados demonstram que é notável processo de estreitamento dos laços institucionais entre as duas instituições, o que contribuiu para o desenho normativo definido na Lei nº 12.529/2011.

**Conclusões:** O artigo conclui com algumas reflexões sobre perspectivas futuras, tendo em vista o processo de adesão do Brasil à OCDE.

**Palavras-chave:** Cade; OCDE; cooperação internacional; aprimoramento de políticas públicas; Lei nº 12.529/2011.

**Editor responsável:** Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braido, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

**OCIRD:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

1 **Recebido em:** 12/04/2022 **Aceito em:** 27/04/2022 **Publicado em:** 09/06/2022

2 Especialista Sênior de Concorrência na OCDE e Professor-Adjunto da Universidade de Brasília. É Doutor em Direito pela Universidade de Paris e foi Conselheiro do Cade no período de 2015 a 2019. As opiniões são pessoais não representam necessariamente a posição da OCDE ou de seus Estados-Membros. **E-mail:** paulo.burnier@oecd.org. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/2423393005681659>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-4488-3242>.



## STRUCTURED ABSTRACT

**Contextualization:** 14% of the decisions of the CADE's Tribunal from 2015 to 2021 mention the OECD, which indicates the importance of the organization's work to CADE's final rulings. The experience of Brazil in competition policy has also been incorporated into the OECD debates, consolidated by the acceptance of Brazil as an Associate Member of the OECD Competition Committee in 2019.

**Objective:** This paper addresses the OECD's role in improving competition policy in Brazil during the last ten years. The strengthening of institutional ties between CADE and the OECD is significant, with contributions from the OECD to the current legal competition framework provided by Law nº 12.529/2011.

**Method:** The article analyzed institutional ties between CADE and the OECD.

**Results:** The results demonstrate that there is a remarkable process of strengthening institutional ties between the two institutions, which contributed to the normative design defined in Law Number 12.529/2011.

**Conclusions:** The article concludes with future perspectives in view of Brazil's accession to the OECD.

**Keywords:** CADE; OECD; international cooperation; improvement of public policies; Law nº 12.529/2011.

**Código de classificação JEL:** K21

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Indicadores de sinergia; 3. Avaliação pelo Pares da OCDE; 3.1. Participação em Peer Reviews como país examinado; 3.2. Participação em Peer Reviews como país examinador; 4. Estudos específicos no Brasil; 4.1 Contratações públicas; 4.2 Avaliação concorrencial nos setores de portos e aviação civil; 5. Perspectivas futuras com processo de acessão; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Este artigo informativo analisa o papel da OCDE no aprimoramento da política de defesa da concorrência no Brasil, por ocasião dos eventos comemorativos dos 10 anos de vigência da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011). O estreitamento dos laços institucionais entre as duas instituições é notável, tendo contribuído para o desenho normativo definido na Lei nº 12.529/2011 e sua implementação, aprimorando a política de defesa da concorrência no Brasil.

O crescente engajamento do Cade nos debates internacionais sobre defesa da concorrência é um reflexo natural do aumento do volume de casos processados pelo Cade no Brasil. Segundo a própria OCDE, os julgados do Tribunal do Cade representaram, no ano de 2020: 6.4% das decisões de cartel no mundo, 10.5% das decisões de abuso de posição dominante no mundo, bem como 5.5% das decisões em matéria de controle de atos de concentração no mundo. Trata-se de uma contribuição substantiva para o *enforcement* concorrencial no mundo, tanto em termos quantitativos quanto qualitativos.

Diante deste contexto, o artigo apresentará inicialmente indicadores de intensidade da sinergia entre o Cade e a OCDE nos últimos anos. Em seguida, abordará as duas Avaliações pelos Pares (*Peer Reviews*) publicadas em 2010 e 2019, bem como os recentes estudos específicos desenvolvidos pela OCDE em parceria com o Cade no Brasil. Por fim, o artigo apontará algumas perspectivas futuras

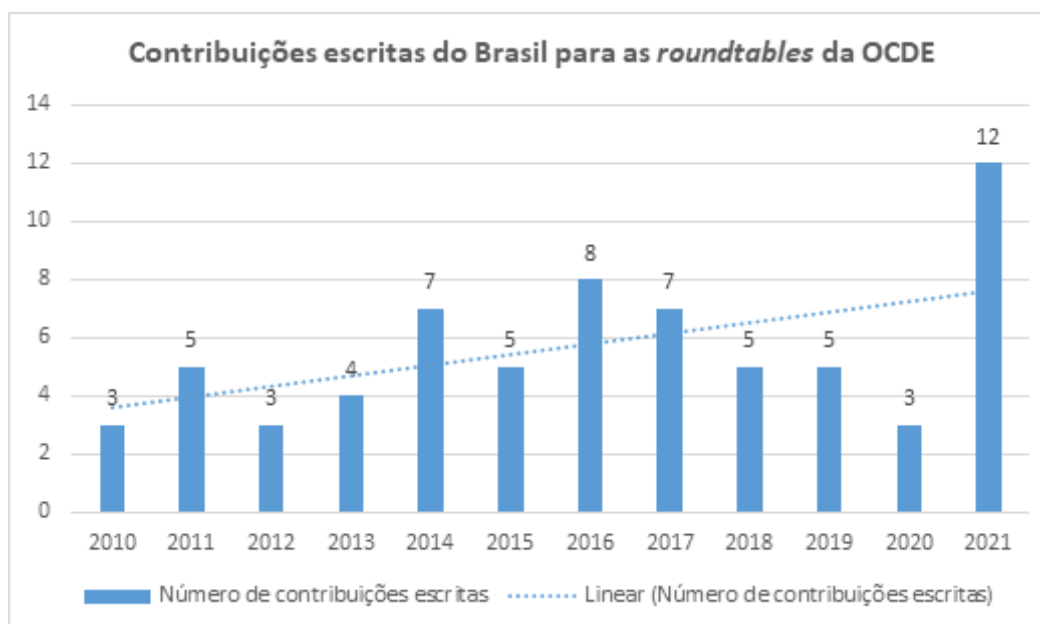


em vista do processo de acesso do Brasil à OCDE, iniciado em janeiro de 2022.

## 2. INDICADORES DE SINERGIA

Uma das formas de mensurar o papel da OCDE no trabalho desenvolvido pelo Cade é observar as menções a relatórios e outros documentos da organização internacional nas decisões do Tribunal. Em um total de 1.120 votos disponíveis na busca processual do Sistema Eletrônica de Informações (SEI) do Cade, relativo ao período de 2015 a 2021, há 154 votos com referência à OCDE. Isso representa 14% dos votos do Tribunal do Cade com menção explícita à OCDE em sua fundamentação, uma cifra que denota a credibilidade da organização internacional nas decisões da autarquia.

De forma complementar, os insumos da experiência do Cade também tiveram papel significativo e crescente nos trabalhos da OCDE ao longo dos últimos 10 anos, como se verifica pela evolução das contribuições escritas do Brasil para as *roundtables* dos grupos de trabalho do Comitê de Concorrência e para as discussões travadas no âmbito de seus Fóruns. Abaixo, segue uma tabela com número dessas contribuições, incluindo tanto as reuniões do Comitê de Concorrência, do Fórum Global de Concorrência e do Fórum Latino-Americano da Concorrência:



Fonte: OCDE

A tabela indica também que a participação do Brasil é consistente ao longo dos anos, o que denota a existência de uma verdadeira política de Estado na defesa da concorrência no Brasil, cancelada pelos diversos governos neste período. A queda no ano de 2020 é parcialmente explicada pela diminuição do número de roundtables promovidas pela OCDE diante das restrições impostas pela crise sanitária do Covid-19.

## 3. AVALIAÇÃO PELO PARES DA OCDE

Os exercícios de *Peer Reviews* (Avaliação pelos Pares) da OCDE funcionam como uma radiografia da legislação e da política de concorrência de um país, visando identificar pontos de melhorias



com base nas melhores práticas dos países-membros da OCDE. O Brasil, através do Cade, participa com frequência desses exercícios, seja na qualidade de país examinado, seja como país examinador – o que ilustra os benefícios em mão-dupla das relações entre a OCDE e o Cade.

### **3.1. Participação em *Peer Reviews* como país examinado**

Em realidade, um dos importantes marcos da parceria entre o Cade e a OCDE foi a realização de dois *Peer Reviews* (Avaliação pelos Pares), em 2010 e 2019, em que o Brasil foi objeto de exame, mais precisamente no que se refere à política concorrencial brasileira incluindo a legislação e a prática no tema.

O *Peer Review* da política concorrencial brasileira da OCDE de 2010 contou com recomendações que apontavam na direção do então projeto de lei que deu origem à Lei nº 12.529/2011 (OECD, 2010). Neste *Peer Review*, a OCDE recomendou, dentre outros pontos, a consolidação dos poderes de investigação e adjudicação no âmbito de uma autoridade concorrencial única, o aumento da duração dos mandatos dos membros do Tribunal do Cade, de dois para quatro anos, adoção de um regime de exame prévio dos atos de concentração. Esses elementos estavam todos presentes do então projeto de lei e que puderam ser chancelados pelo selo da OCDE, contribuindo para aumentar a relevância e a direção da reforma legislativa em curso.

A tabela abaixo consolida as principais recomendações da OCDE em relação ao *Peer Review* do Brasil, realizado em 2010:

#### **Principais recomendações da OCDE para o Brasil (Peer Review de 2010):**

- 1.** Promulgar o projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional para alterar a Lei de Defesa da Concorrência.
- 2.** Promulgar o projeto de lei que trata da aplicação da legislação de concorrência no setor financeiro.
- 3.** Reduzir o acúmulo de investigações em casos de conduta no SBDC e o tempo necessário para se alcançar uma determinação final em uma investigação ou caso.
- 4.** Buscar impor remédios estruturais ao invés de remédios comportamentais em casos de atos de concentração, sempre que possível.
- 5.** Prosseguir com os esforços para melhorar a comunicação e a coordenação entre o SBDC e os Ministérios Públicos Estadual e Federal, especialmente nos casos e investigações iniciadas pelo Ministério Público.
- 6.** Desenvolver capacidade de advocacia de concorrência no Cade, mas de forma a evitar a duplicidade com a SEAE nesta matéria.
- 7.** Continuar buscando uma atuação mais eficaz junto aos tribunais. Em longo prazo, considerar propostas de modificação do sistema judicial que possam ajudar a acelerar a análise dos casos de defesa da concorrência.
- 8.** Tirar proveito dos procedimentos para a obtenção de acordos tanto em casos de conduta como de atos de concentração, promovendo assim a eficiência e evitando recursos judiciais onerosos e demorados.

O Brasil passou por um segundo *Peer Review* em 2019, trazendo recomendações igualmente importantes para o aperfeiçoamento do marco normativo instaurado pela Lei nº 12.529/2011 (OECD, 2019). Um exemplo é a criação de unidades específicas na Superintendência-Geral do Cade para tratar de casos de abuso de posição dominante, e, com isso, fortalecer a agenda de combate a esse tipo de infração concorrencial, muitas vezes preterida em função dos prazos peremptórios impostos pelo regime de controle de concentrações tratados pelas mesmas equipes. De fato, verifica-se um incremento no número de casos relativos à infração de abuso de posição dominante nos últimos anos no Cade, o que aponta para essa recomendação específica da OCDE:

#### Processos relativos a abuso de posição dominante

Ano	Investigações abertas	Decisões administrativas
2018	30	4
2019	36	10
2020	30	3
2021	15	2

Fonte: Anuários do Cade de 2018-2021

Além disso, o aumento da autonomia administrativa do Cade em relação ao Ministério da Justiça também constou como uma recomendação expressa da OCDE, gerando iniciativas por meio de mecanismos infralegais durante a gestão do Presidente Alexandre Barreto no Cade, por exemplo em relação à maior autonomia para definir a participação do Cade na agenda internacional de defesa da concorrência.

Este *Peer Review* cancelou a entrada do Brasil como Membro-Associado no Comitê de Concorrência da OCDE, fazendo com que o Brasil tenha os mesmos direitos e prerrogativas dos países-membros no que se refere à atuação do país neste comitê temático.

A tabela abaixo consolida as principais recomendações da OCDE em relação a este *Peer Review* do Brasil, realizado em 2019:

#### Principais recomendações da OCDE para o Brasil (Peer Review de 2019):

1. Garantir uma melhor separação entre a investigação e a tomada de decisão. As funções do Tribunal e da Superintendência-Geral devem estar delineadas de forma mais clara.
2. Estabelecer um sistema de nomeação mais transparente para os Conselheiros e o Superintendente-Geral do Cade.
3. Dedicar recursos adequados à persecução concorrencial, por meio da contratação de mais economistas, especialmente com formação a nível de doutorado, e da criação de um plano de carreira específico para o quadro de servidores do Cade.
4. Aumentar o número de investigações de potenciais práticas de abuso de posição dominante priorizando casos dessa natureza, criando uma equipe exclusiva para lidar com esses casos e recorrendo menos ao uso de acordos.



5. Melhorar o escopo e a aplicação da política de acordos do Cade negociando penas durante a investigação na SG e antes de o caso ser remetido ao Tribunal, reduzindo os níveis de descontos fornecidos em casos de cartel, em linha com os níveis observados em outras jurisdições, e não admitindo acordos em casos envolvendo questões inéditas ou jurídicas complexas.
6. Garantir que somente critérios quantificáveis de forma objetiva e que estejam prontamente acessíveis sejam utilizados como critérios para a notificação obrigatória.
7. Esclarecer a metodologia para o cálculo de multas, por exemplo, por meio da adoção de uma abordagem simplificada para o cálculo de multas que se baseie em dados prontamente identificáveis e que evite a necessidade de cálculos complexos.
8. Aumentar a segurança jurídica e a previsibilidade por meio da publicação de guias substantivos.
9. Esclarecer as respectivas competências e funções em advocacia da concorrência do Cade e do Ministério da Fazenda (SEPRAC e SEFEL).

Os instrumentos de Avaliação pelos Pares da OCDE possuem o potencial de indicar e apoiar reformas estruturantes nos países, e o exemplo brasileiro com a edição da Lei nº 12.529/2011 é um exemplo bem-sucedido desse instrumento – tanto para a OCDE no sentido de organização catalizadora de melhores políticas públicas, quanto, sobretudo, para o Brasil, que pôde se beneficiar desta chancela institucional nesse processo de contínuo aprimoramento de suas instituições e políticas públicas.

Por fim, note-se que a OCDE desenvolve, por vezes, os chamados *follow-up Peer Reviews*, em que busca elaborar uma breve atualização de uma Avaliação pelo Pares, sem precisar percorrer o tramite completo do processo, que envolve reuniões diversas com atores públicos e privados, além de discussão de um relatório detalhado da OCDE perante os países pares. Isso foi feito em 2012, quando a OCDE promoveu uma atualização conjunta de nove Peer Reviews na América Latina, incluindo o Brasil neste grupo.<sup>3</sup>

### 3.2. Participação em *Peer Reviews* como país examinador

Outra forma de participação do Cade em *Peer Reviews* ocorre como país examinador. Isso foi feito no *Peer Review* do Peru em 2018 e no *Peer Review* da União Econômica Eurasiática (UEE) em 2021.

Em relação à Avaliação pelos Pares do Peru, o Cade integrou o quadro de examinadores juntamente com a Superintendência de Concorrência de El Salvador e a Comissão Federal de Concorrência Econômica (COFECE) do México. As principais recomendações deste *Peer Review* se referem à adoção de um sistema prévio de controle de concentrações (o que ocorreu em 2021) e ao reforço da independência e autonomia institucional do Instituto Nacional de Defesa da Concorrência e da Proteção da Propriedade Intelectual (INDECOPI).<sup>4</sup>

O *Peer Review* da União Econômica Eurasiática (UEE) ocorreu em 2021 e teve como examinadores o Cade e as autoridades da concorrência do Mercado Comum da África Oriental e Austral (Common Market for Eastern and Southern Africa – COMESA), da Hungria e da Coreia do Sul. A UEE é uma organização regional constituída pela Armênia, Bielorrússia, Cazaquistão, Quirguistão e a Rússia, tendo iniciado como uma união aduaneira em 1995 e se desenvolvido para uma área econômica de maior integração a partir de 2015, inclusive com competência em matéria concorrencial para casos

<sup>3</sup> *Follow-up to the Nine Peer Reviews of Competition Law and Policy of Latin American Countries* (OECD, 2012).

<sup>4</sup> *Peer Review do Peru* (OECD, 2018).

de escopo supranacional desses países. As principais recomendações se referem aos aspectos de desenho institucional e divisão de competências entre a UEE e as autoridades nacionais de concorrência de seus países-membros.<sup>5</sup>

## 4. ESTUDOS ESPECÍFICOS NO BRASIL

Há dois estudos específicos e recentes da OCDE no campo da defesa da concorrência no Brasil que merecem destaque: o estudo sobre contratações públicas com foco no combate a cartéis em licitação, publicado em 2021; e o estudo de avaliação concorrencial nos setores de portos e aviação civil com uso de uma metodologia própria desenvolvida pela OCDE, que será publicado em 2022.

### 4.1. Contratações públicas

A OCDE possui Recomendações e Diretrizes específicas para combater cartéis em licitações públicas, que orientam países a avaliar periodicamente suas legislações e práticas em matéria de licitações públicas em todos os níveis do governo, com o objetivo de promover licitações mais eficazes e reduzir o risco de cartéis em licitações. Esses instrumentos da OCDE também auxiliam os servidores públicos a reduzir os riscos de cartéis, por meio da elaboração de editais de licitação, bem como detectar sinais de alerta de comportamentos colusivos nos certames.

Estes estudos específicos da OCDE fornecem subsídios aos países para que transformem as recomendações da organização em ação. Desse modo, a OCDE revisa os regimes de compras públicas dos países analisados à luz de suas recomendações, apoiando-os no aperfeiçoamento de suas legislações e práticas, visando o combate a cartéis em licitação. Esse exercício inclui um relatório técnico com um diagnóstico do tema e recomendações de aprimoramento, podendo incluir também a oferta de programas de capacitação técnica para servidores envolvidos em contratações públicas e a elaboração de manuais de treinamento para os mesmos.

Na América Latina, estes estudos foram feitos no Brasil (2021), no Peru (2021), na Argentina (2019), no México (2018, 2017, 2016, 2012, 2011) e na Colômbia (2014). Ou seja, os estudos podem beneficiar tanto os países membros como não-membros da OCDE.

No Brasil, o estudo destacou a importância das compras públicas no país tanto para a economia nacional, quanto para a qualidade dos serviços oferecidos pelo governo à população. Em 2020, o governo federal brasileiro gastou cerca de R\$ 35,5 bilhões em bens, serviços e obras. Em 2017, as compras públicas representaram cerca de 13,5% dos gastos totais do governo e aproximadamente 6,5% do PIB do país. Esses números indicam a relevância do tema e o tamanho dos prejuízos em caso de colusão entre fornecedores, bem como fraudes e corrupção que, por vezes, acompanham as práticas de cartel.

Estudos acadêmicos e da OCDE indicam que a existência de cartéis em licitações públicas pode aumentar os preços em 20%. Em alguns casos, o sobrepreço pode ser ainda maior, como no cartel de licitação pública para aquisição de portas giratórias de segurança para detecção de metais, condenado pelo Tribunal do Cade em 2014. Nesta ocasião, o Departamento de Estudos Econômicos do Cade estimou o sobrepreço em 25%, com significativo prejuízo ao erário público.

5 *Peer Review* do UEE (OECD, 2021b).



No caso brasileiro, o relatório final da OCDE sobre trouxe recomendações para tornar os processos de licitação mais competitivos e para reduzir o risco de formação de cartéis. As recomendações podem ser resumidas em alguns pontos-chave: fortalecimento dos agentes de compras públicas, aumento do uso de pesquisas de mercado para o desenho dos editais de licitação, busca de maximização da participação de concorrentes nos certames, aumento dos esforços de promoção da concorrência, e melhoria das formas de detecção e a punição de acordos colusivos no processo licitatório.<sup>6</sup>

#### **4.2. Avaliação concorrencial nos setores de portos e aviação civil**

As avaliações concorrenciais em setores específicos da economia consistem em outra forma de estudo *in-country* desenvolvido pela OCDE. Esses estudos são feitos à luz da “*OECD Recommendation on Competition Assessment*”, aprovada em 2009. Esse instrumento normativo da OCDE foi, em seguida, complementado pelo denominado “*OECD Competition Assessment Toolkit*”, que apresenta a metodologia desenvolvida pela própria organização internacional, contando com um manual operacional e exemplos coletados ao longo dos anos a partir de estudos realizados em diversas jurisdições.

Em breve síntese, esses estudos analisam o marco normativo de setores previamente identificados, de modo a mapear as restrições regulatórias existentes e recomendar a sua redução ou eliminação quando não houver justificativas, geralmente com lastro em outras políticas públicas – por exemplo, barreiras relacionadas à saúde dos consumidores ou proteção do meio-ambiente. Ao final, a OCDE produz um estudo técnico com uma radiografia regulatória do setor e uma lista de recomendações que aponta para reformas pró-competitivas. As principais recomendações são quantificadas, de maneira a demonstrar os reais benefícios das suas implementações.

Tais estudos já foram realizados em Portugal, Grécia, Romênia, Tunísia, Islândia e diferentes países asiáticos. Na América Latina, apenas o México possui estudos de avaliação concorrencial concluídos, como nos setores de medicamentos e de processamento de alimentos. Brasil e Colômbia possuem ambos estudos em andamento: no Brasil, trata-se da avaliação concorrencial dos setores de portos e aviação civil, enquanto na Colômbia optou-se pelo setor de bebidas.

O estudo do Brasil é desenvolvido conjuntamente pela OCDE e pelo Cade, no espírito de permitir a replicação do exercício em outros setores. Ou seja, de modo que o Cade se beneficie da expertise acumulada pela OCDE com a metodologia do *OECD Competition Assessment Toolkit*, garantindo sua autonomia por meio da capacitação de seus servidores para que possam replicá-la diretamente. O estudo com o Cade foi iniciado em 2021 e tem previsão de publicação em 2022, durante o Fórum Latino-Americano de Concorrência que será sediado pelo Cade no Rio de Janeiro.<sup>7</sup>

### **5. PERSPECTIVAS FUTURAS COM PROCESSO DE ACESSÃO**

No dia 25 de janeiro de 2022, a OCDE aprovou o início do processo de acesso de seis países à entidade: três países latino-americanos – Argentina, Brasil e Peru; e três países europeus – Bulgária,

6 Para maiores informações sobre o estudo da OCDE sobre o combate a cartéis em licitações no Brasil (OECD, 2021a).

7 Para maiores informações sobre o estudo do Cade-OCDE nos setores de portos e aviação civil (OECD COMPETITION, 2021).

Croácia e Romênia. Os processos de acesso buscam examinar a aderência dos países-candidatos aos padrões da OCDE em termos de políticas públicas variadas que incluem a defesa da concorrência, a proteção do consumidor, o respeito ao meio-ambiente e a políticas sustentáveis, questões tributárias e a governança corporativa de instituições públicas. Em geral, esses processos tomam alguns anos, para que os diferentes comitês temáticos da OCDE possam fazer essas avaliações e elaborar recomendações de aprimoramento.

Para o Brasil, isso representa uma oportunidade de implementar reformas, aprimorando as políticas públicas do país. No campo da defesa da concorrência, o Brasil poderá sedimentar de vez o seu papel precursor na evolução do tema no mundo. Como integrar questões de proteção de dados na análise concorrencial? Como melhorar os marcos normativos e o ambiente de negócios no país? Como investir nos servidores públicos e aumentar os índices de performance das autoridades da concorrência? Como aprimorar a relação com o Poder Judiciário, considerando que as decisões de condenação de cartel são frequentemente objeto de ações judiciais, usualmente mais morosas que a esfera administrativa? Esses são exemplos de questões importantes para diversas jurisdições, que não raro recorrem à expertise da OCDE para obter um direcionamento, fórum em que o Brasil poderá ter uma voz cada vez mais ativa.

Por fim, há também uma dimensão regional relevante: o Brasil também agrega à OCDE pelo peso que tem na América Latina e na influência positiva que pode gerar na região em termos de boas práticas. De fato, estudos da OCDE e programas de capacitação técnica são campos frequentes de interação entre a OCDE e os países que buscam melhorias constantes em suas políticas públicas, nos quais o trabalho da OCDE com o Brasil encontra benefícios tanto a nível nacional, quanto regional. Isso explica o crescente interesse dos países da região em conhecer a experiência brasileira, tanto nos casos concretos quanto na parte de gestão administrativa de uma autoridade da concorrência. Dentre outras formas, as contribuições do Cade podem ser visualizadas no número de intervenções e publicações no âmbito do Centro Regional de Concorrência da OCDE na América Latina.<sup>8</sup>

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Caderno Cade OCDE**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3MvVzZu>. Acesso em: 13 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...]; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011.

OECD COMPETITION Assessment Reviews: Brazil. **OECD**, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3kp2t6B>. Acesso em: 11 mar. 2022.

OECD REGIONAL Centre for Competition in Latin America in Lima. **OECD**, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3kp2t6B>. Acesso em: 11 mar. 2022.

Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). **Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review**. OECD: Paris, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3vMBAz0>. Acesso em: 11 mar. 2022.

Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). **Fighting bid rigging in Brazil: A review of federal public procurement: 2021**. Paris: OECD, 2021a. Disponível em: <https://bit.ly/3LpEi46>.

8 *OECD Regional Centre for Competition in Latin America (OECD REGIONAL, 2022).*



Acesso em: 10 mar. 2022.

Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). **Follow-up to the Nine Peer Reviews of Competition Law and Policy of Latin American Countries:** Argentina, Brazil, Chile, Colombia, El Salvador, Honduras, Mexico, Panama and Peru. Paris: OECD, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3vGc2DC>. Acesso em: 11 mar. 2022.

Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). **OECD Competition Trends 2022.** Paris: OECD, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3rV0U4u>. Acesso em: 12 mar. 2022.

Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). **OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil:** 2019. OECD: Paris, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3rp7xfc>. Acesso em: 11 mar. 2022.

Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). **OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy:** Eurasian Economic Union: 2021. OECD: Paris, 2021b. Disponível em: <https://bit.ly/3kgMbNp>. Acesso em: 11 mar. 2022

Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). **OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Peru:** 2018. OECD: Paris, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3vL593X>. Acesso em: 11 mar. 2022.

#### **COMO CITAR ESTE ARTIGO:**

SILVEIRA, Paulo Burnier da. O papel da OCDE no aprimoramento da política de defesa da concorrência no Brasil: um breve balanço por ocasião dos 10 anos da Lei nº 12.529/2011. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 30-39, 2022. **DOI:** <https://doi.org/10.52896/rdc.v10i1.993>. Disponível em: . Acesso em: dia mês. ano



# 3

## 10 ANOS DA LEI 12.529/2011: OS AVANÇOS NO DEBATE QUE RESULTARAM NA INCONTORNÁVEL INTERFACE ENTRE CONCORRÊNCIA E TRABALHO<sup>1</sup>

10 Years of law 12.529/2011: the advances that resulted in the inescapable interface between antitrust and labor

Amanda Athayde Linhares Martins Rivera<sup>2</sup>  
Universidade de Brasília (UNB/DF) - Brasília/DF, Brasil

Juliana Oliveira Domingues<sup>3</sup>  
Universidade de São Paulo (USP/SP) - São Paulo/SP, Brasil

Nayara Mendonça Silva e Souza<sup>4</sup>  
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG/MG) - Belo Horizonte/MG, Brasil

### RESUMO ESTRUTURADO

**Contextualização:** Historicamente, o direito do trabalho e o direito antitruste mantiveram-se distantes, até que recentes discussões sobre condutas anticompetitivas no âmbito trabalhista começaram a ganhar destaque, sobretudo nos EUA, e em seguida em diversas autoridades de concorrência mundiais.

**Objetivo:** O presente artigo foca na análise de condutas anticompetitivas, notadamente (i) cartéis de fixação salarial (*wage-fixing cartels*), (ii) acordos de não contratação de trabalhadores (*no poach agreements*), (iii) cláusulas de não concorrência nos contratos de trabalho e (iv) trocas de informações sensíveis entre concorrentes sobre termos e condições de trabalho. Portanto, o presente estudo traz uma abordagem interdisciplinar, atualizada em especial entre 2018 e 2022, com referência às recentes experiências internacionais (OCDE, EUA, UE, Portugal, Holanda, Reino Unido, México, Japão e Hong Kong) e discussões sobre o tema no Brasil.

**Editor responsável:** Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braido, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.  
**OCIRD:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

1 **Recebido em:** 04/05/2022 **Aceito em:** 30/05/2022 **Publicado em:** 09/06/2022

2 Professora-Doutora da Universidade de Brasília - UnB. Brasília/DF. **E-mail:** [profa.amanda.athayde@gmail.com](mailto:profa.amanda.athayde@gmail.com).  
**Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/3657244167587179>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-8557-9204>.

3 Procuradora-Chefe do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Professora-Doutora da Universidade de São Paulo - USP. São Paulo/SP. **E-mail:** [juliana.domingues@cade.gov.br](mailto:juliana.domingues@cade.gov.br). **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/6720552935529976>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-2585-8938>.

4 Professora Titular de Ciências Econômicas na UERJ, doutora em Economia (IE-UFRJ) e mestre em Ciência Política (IUPERJ), Foi Coordenadora de Estudos de Regulação e Mercados da Diretoria de Estudos e Políticas de Estado, Instituições e Democracia do IPEA de 2008 a 2013 e Conselheira do Cade no período de 1996 a 2000. **E-mail:** [nayaramendonca@gmail.com](mailto:nayaramendonca@gmail.com).  
**Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/1651577719749537>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-4130-3860>.





**Método:** Foi utilizado o método comparativo, em que se buscou avaliar uma grande amostra de casos relacionados à interface entre direito antitruste e direito trabalhista ao redor do mundo, e método exploratório, em que estudos de casos ou artigos sobre o tema foram utilizados.

**Resultados:** A pesquisa demonstra que o encontro entre direito antitruste e direito do trabalho, há alguns anos considerado improvável, é inescapável.

**Conclusões:** As autoras concluem que a interface entre antitruste e trabalho deve ser um dos grandes desafios do Cade nos próximos 10 anos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Antitruste. Direito do Trabalho. Cartéis de fixação salarial. Acordos de não contratar. Cláusulas de não concorrência.

## STRUCTURED ABSTRACT

**Contextualization:** Historically, labor law and antitrust law remained distant, until recent discussions on anticompetitive conduct in the labor field began to gain prominence, especially in the US, and then in several competition authorities worldwide.

**Objective:** This article focuses on the analysis of anti-competitive conduct, notably (i) wage-fixing cartels, (ii) no poach agreements, (iii) non-compete clauses in and (iv) exchanges of sensitive information between competitors on terms and conditions of employment. Therefore, the present study brings an interdisciplinary approach, updated especially between 2018 and 2022, with reference to recent international experiences (OECD, USA, EU, Portugal, Netherlands, UK, Mexico, Japan and Hong Kong) and discussions on the topic. in Brazil.

**Method:** The comparative method was used, in which we sought to evaluate a large sample of cases related to the interface between antitrust law and labor law around the world, and the exploratory method, in which case studies or articles on the subject were used.

**Results:** The research demonstrates that the encounter between antitrust law and labor law, considered unlikely for some years, is inescapable.

**Conclusions:** The authors conclude that the interface between antitrust and labor should be one of CADE's greatest challenges in the next 10 years.

**KEY WORDS:** Competition Law. Labor Law. Mergers. Anticompetitive Practices. Wage-Fixing Cartels. No-poach agreements. Non-compete clauses.

**Código de classificação JEL:** K21

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A difusão do histórico do direito antitruste e do direito trabalhista; 2.1 Breve histórico da discussão nos EUA; 2.2 Breve histórico da discussão em outras jurisdições: Japão, Hong Kong e União Europeia; 2.3 Breve histórico da discussão no Brasil; 3. Controle de condutas: Interfaces diretas entre o direito antitruste e o direito trabalhista ao redor do mundo; 3.1 O que há de novo sobre cartéis de fixação salarial ("Wage fixing Cartel"); 3.2 O que há de novo sobre acordos de não contratação de trabalhadores ("No Poach Agreements"); 3.3 O que há de novo sobre cláusulas de não concorrência em contratos de trabalho; 3.4 O que há de novo sobre

*trocas de informações sensíveis sobre termos e condições de trabalho; 4. Controle de condutas: Interfaces diretas entre o direito antitruste e o direito trabalhista no Brasil; 5. Considerações finais; 6. Bibliografia.*

## 1. INTRODUÇÃO

Se as interfaces entre direito da concorrência e direito trabalhista eram improváveis<sup>5</sup>, tal caminho já se mostra, no período recente, incontornável. De modo a avançar nas discussões apresentadas em estudo preliminar (ATHAYDE; DOMINGUES; SOUZA, 2018) e aproveitando-se dos 10 anos de entrada em vigor da Lei 12.259/2011, o presente trabalho teve como foco aprofundar os argumentos que serviram como molas propulsoras ao encurtamento da distância geralmente estabelecida – em países de cultura greco-romana – entre as áreas do direito antitruste e o direito trabalhista, diante dos desafios transdisciplinares das demandas que surgiram.

Se o tema era pouco debatido no Brasil, vale observar que de 2018 a 2022 este tema evoluiu de forma que as autoras, que acompanham a doutrina e a jurisprudência na OCDE, nos EUA, na UE, e em países como Portugal, Holanda, Reino Unido, México, Japão e Hong Kong, amadureceram reflexões que não são triviais em nossa tradição jurídica. Do ponto de vista acadêmico, em 2022, por exemplo, observamos novas reflexões como a de Hovenkamp (sobre como as condutas anticoncorrenciais podem resultar em restrição de produção que reflete na demanda por mão de obra). Além disso, em maio de 2022 foi publicada uma edição da *Competition Policy International Antitrust Chronicle* inteiramente dedicada ao tema (NO-POACH, 2022).

O presente artigo, portanto, vem a agregar uma discussão importante no contexto de celebração da Lei 12.529/2011 (BRASIL, 2011), assim como atualiza a discussão – com a descrição de novos casos e seus desdobramentos – e confirma a hipótese de que as questões trabalhistas também têm o potencial de afetar e distorcer a concorrência de modo a atrair a competência das autoridades e da análise antitruste no Brasil. Para tanto, na Seção 2 é apresentado o histórico das discussões mais amplas sobre tais interfaces, para que na Seção 3 seja possível aprofundar na descrição de precedentes relacionados a condutas anticompetitivas neste tema. Em seguida, a Seção 4 apresenta os desenvolvimentos recentes no Brasil.

## 2. A DIFERENÇA DO HISTÓRICO DO DIREITO ANTITRUSTE E DO DIREITO TRABALHISTA

A interdisciplinaridade entre o Direito Antitruste e o Direito Trabalhista avançou muito desde 2018. Nossa análise demonstrará as evoluções recentes nos EUA (2.1), na Europa, no Japão e em Hong Kong (2.2). Em seguida, apresentaremos a evolução que também culminou com o caso mais atual de encontro do direito do trabalho e do direito antitruste no Brasil (2.3).

### 2.1 Breve histórico da discussão nos EUA

Conforme buscamos remontar em estudo preliminar de 2018 (ATHAYDE; DOMINGUES; SOUZA,

5 As primeiras reflexões das autoras a respeito do tema foram realizadas em 2018 (ATHAYDE; DOMINGUES; SOUZA, 2018)



2018), do ponto de vista histórico, nos EUA, nas décadas de 50 e 60, o encontro do direito trabalhista com o direito antitruste esteve centrado na concentração do poder econômico identificado dentro dos sindicatos (FORDHAM LAW REVIEW, 1962). Na década de 70, passou-se a debater que seus objetivos eram opostos, sendo que, naquele tempo, já se sustentava a existência de sobreposição entre as regras trabalhistas e as de direito antitruste (ANTOINE, 1976, p. 630). Uma análise interdisciplinar mais específica dessas áreas só começou a ser realizada, então, a partir da década de 90<sup>6</sup>.

Em um contexto de abertura comercial, o direito antitruste tendia a ver como secundárias tanto a questão da mobilidade do empregado no mercado de trabalho quanto a possibilidade de colusão entre empregadores para a diminuição dos salários dos empregados ou para a fixação de termos contratuais. Segundo Naidu, Posner e Weyl (2018, p. 25), como as ações antitruste relativas ao mercado de trabalho eram menos frequentes, foi reforçada a premissa dos economistas de que os mercados de trabalho são normalmente competitivos.

Entre 2016 e 2018, notou-se a concentração dos empregadores, o uso intenso de cláusulas de não concorrência, bem como evidências empíricas de que houve uma estagnação dos salários e uma concentração do mercado de trabalho, funcionaram como propulsores da atividade jurídica e regulatória sobre o tema (NAIDU; POSNER; WEYL, 2018, p. 25). Percebeu-se que alguns empregadores têm condições de restringir os salários e a mobilidade de seus empregados.<sup>7</sup> É nesse contexto que, em maio de 2016, foi publicado em conjunto pelo *Department of Justice* (“DOJ”) e o *Federal Trade Commission* (“FTC”) o “*Antitrust Guidance for HR Professionals*” (Guia Antitruste para profissionais de Recursos Humanos, doravante “Guia Antitruste para RH do DOJ/FTC” (UNITED STATES; DOJ; FTC, 2016). No documento, reconhece-se que na análise antitruste, o direito trabalhista e o mercado de trabalho devem ser analisados como variáveis importantes. Isto porque beneficiam tanto os empregados quanto os consumidores<sup>8</sup> (U.S. DOJ; FTC, 2016). Ademais, não é preciso que uma prática seja formal para ser investigada (v.g., não há necessidade de estar fixada contratualmente), mas tão somente que seja constatada na prática pelas autoridades antitruste (HOLLAND, 2018, p. 4).

Mais recentemente entre 2018 e 2022, autoridades e especialistas demonstraram estar procurando formas de enfrentar melhor o tema diante de diversos casos finalizados nos últimos anos. Em janeiro de 2020, o FTC organizou um workshop público destinado a determinar se haveria embasamento jurídico suficiente para a promulgação de uma regra da FTC que restringisse o uso de cláusulas de não concorrência em contratos de trabalho (FEDERAL TRADE COMMISSION, 2020). Ademais, em ordem executiva de julho de 2021, o Presidente dos EUA, Joe Biden, tornou-se o primeiro presidente no mundo a comprometer recursos do governo para garantir que as leis antitruste sejam usadas para apoiar os trabalhadores. (POSNER, 2021). Em sua Ordem Executiva para Promoção de Concorrência no Mercado dos EUA, há um destaque específico para o mercado de trabalho. Em seus termos, Biden sugeriu que as autoridades antitruste americanas revisem o Guia Antitruste para RH do DOJ/FTC, e que

6 Encontramos artigo de 1991 que trata das consequências das ações antitruste nos EUA no mercado de trabalho e, por conseguinte, no bem-estar econômico. Veja-se Shughart II e Tollison (1991).

7 Isto se dá, por exemplo, pela via contratual (cláusulas de não concorrência), pela concentração de poder de compra de mão-de-obra (poder de monopólio) ou colusiva (por acordos anticompetitivos entre empregadores), em possível prejuízo à concorrência (NAIDU; POSNER; WEYL, 2018, p. 6-8).

8 Como bem destacado pelo DOJ e pelo FTC, “[...] just as competition among sellers in an open marketplace gives consumers the benefits of lower prices, higher quality products and services, more choices, and greater innovation, competition among employers helps actual and potential employees through higher wages, better benefits, or other terms of employment. Consumers can also gain from competition among employers because a more competitive workforce may create more or better goods and services” (UNITED STATES; DOJ; FTC, 2016).

a Presidente do FTC atue para reduzir o uso injusto de cláusulas de não concorrência ou de outras cláusulas ou acordos que possam limitar a mobilidade dos trabalhadores. (U.S. WHITE HOUSE, 2021).

Vale observar, também, o memorando encaminhado à sua equipe pela presidente da FTC, Lina Khan, em setembro de 2021: novamente o tema do mercado de trabalho foi colocado em evidência. Segundo seus termos, uma abordagem holística deve ser tomada pelo FTC para identificar danos, reconhecendo que ilícitos antitruste e consumeristas prejudicam trabalhadores e negócios independentes, além dos consumidores (UNITED STATES, 2021).

O tema também chama a atenção de autores clássicos do direito concorrencial. Como exemplo recente, veja-se que, em janeiro de 2022, Herbert Hovenkamp publicou estudo em que questiona a representatividade das condutas anticompetitivas no mercado de trabalho na diminuição do bem-estar do trabalhador. Segundo o texto, as condutas anticompetitivas que resultem em restrição do mercado relevante dimensão produto são mais significativas em termos de redução salarial e de tamanho do mercado de trabalho do que aquelas que restringem o mercado relevante dimensão trabalho (HOVENKAMP, 2022, p. 14).

Recentemente, em março de 2022, o Departamento de Tesouro dos EUA, com o apoio do Departamento de Justiça, do Departamento de Trabalho e da *Federal Trade Commission*, editou um novo relatório sobre a concorrência no mercado de trabalho. No documento, é apresentada uma estimativa de que a ausência de concorrência causada pela concentração de empregadores e as práticas anticompetitivas por eles praticadas resultaram em salários aproximadamente 20% mais baixos, condições de trabalho precárias e ausência de promoção para os funcionários. O relatório ainda demonstra que o efeito da falta de poder de barganha do trabalhador (com o declínio da sindicalização, por exemplo) é ainda mais significativo para pessoas socioeconomicamente vulneráveis, como trabalhadores de baixa renda, negros, mulheres e imigrantes. Além disso, para toda a economia, o reflexo é de diminuição da inovação, aumento de preços e menor crescimento econômico. O relatório trata também das políticas do governo Biden para combater o declínio da concorrência no mercado de trabalho, incluindo uma política que favoreça a plena aplicação das leis antitruste nos mercados de trabalho, expandindo as oportunidades de negociação coletiva, aumentando o salário mínimo e estendendo a cobertura do seguro de saúde para aumentar a mobilidade dos trabalhadores (US DEPARTMENT OF TREASURY, 2022, p. 3-4).

## 2.2 Breve histórico da discussão em outras jurisdições: Japão, Hong Kong e União Europeia

A *Japan Fair Trade Commission* (“JFTC”) elaborou, em 2018, um relatório de um grupo de estudos em Recursos Humanos e Política de Concorrência em que concluiu que obrigações de não concorrência e de confidencialidade, acordos de não contratação e de fixação salarial poderiam ser considerados condutas anticompetitivas segundo o *Anti-monopoly Act*. (JAPAN FAIR TRADE COMMISSION, 2018).

No mesmo ano de 2018, a autoridade de concorrência de Hong Kong publicou um boletim consultivo para profissionais de recursos humanos, em que tratou das condutas de não contratação, fixação de salários e troca de informações sensíveis com potencial anticoncorrencial (HONG KONG COMPETITION COMMISSION, 2018).



Por sua vez, a Comissão Europeia, apesar de ainda não ter atacado diretamente o tema da interface entre o direito antitruste e o direito do trabalho, nota que os Estados-Membros da União Europeia venham tomando decisões sobre o assunto (como, por exemplo, França, Espanha e Portugal). Os acordos de não contratação são encarados como forma de colusão e têm sido condenados como infrações por objeto proibidas pelas leis antitruste nacionais e pelo artigo 101<sup>o</sup> do Tratado de Funcionamento da União Europeia (“TFUE”)<sup>10</sup>.

Também é importante destacar que, em junho de 2019 e em fevereiro de 2020, o Comitê de Concorrência da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) organizou dois eventos para discutir o tema da interface entre o direito antitruste e o direito do trabalho, que teria se tornado importante porque a queda dos salários dos trabalhadores aumentou a demanda por reformas nas leis antitruste e gerou um debate sobre quando o exercício do poder de monopólio dos empregadores poderia infringir as leis antitruste.

Em resumo, as conclusões da discussão dos eventos da OCDE foram as seguintes: (i) o poder de monopólio é análogo ao poder de monopólio na medida em que cria ineficiência econômica e uma redução na produção da empresa, levando a salários mais baixos ou piores condições de trabalho para os trabalhadores e a preços mais altos para os consumidores; (ii) estudos recentes conduzidos em países da OCDE (Estados Unidos, Reino Unido, França e Portugal) sugerem que pode haver altos níveis de concentração do lado do empregador em certos mercados de trabalho. Além disso, pesquisas conduzidas nos Estados Unidos sugerem que operações societárias que levam a maiores níveis de concentração podem levar a uma redução no nível de salários ou no aumento de salários para certas categorias de trabalhadores envolvidas; (iii) existem várias maneiras com as quais os empregadores podem descumprir as leis concorrenciais<sup>11</sup> e as autoridades de concorrência têm competência para endereçá-las, mesmo que seja concorrente com outros reguladores; (iv) outros fatores podem contribuir para o exercício de poder de monopólio de empregadores além das práticas anticoncorrenciais e das concentrações de mercado, e estas podem ser endereçadas por ações de advocacia da concorrência; (v) as autoridades de concorrência enfrentam desafios na aplicação do direito antitruste aos mercados de trabalho, sobretudo quando o dano ao bem estar do consumidor não pode ser demonstrado relativamente a uma determinada conduta<sup>12</sup>, o que restringiu a sua atuação nesta seara até o momento (OCDE, 2021).

9 “1. 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 suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação; 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 objeto desses contratos”.

10 Na visão da autoridade de concorrência portuguesa, tais práticas se assemelham a acordos de fixação de preços de compra ou divisão de mercado na compra de insumos, ou até mesmo um cartel de compra (AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA DE PORTUGAL, 2021, p. 23).

11 A OCDE aborda acordos de fixação salarial, de não contratação, ou outros acordos entre competidores para evitar a competição por trabalhadores, cláusulas de não concorrência injustificadas nos contratos de trabalho e recrutamento predatório visando impedir a entrada de concorrentes no mercado (OCDE, 2021, p. 2-3).

12 Professor Hebert Hovenkamp esclarece que a maioria das jurisdições com leis antitruste define seu objetivo – bem-estar do consumidor – como baixos preços ao consumidor. Sugere, entretanto, que uma melhor definição de bem-estar do consumidor viria com a maximização da produção (“*output*”), que implicaria consequentemente em menores preços (HOVENKAMP, 2021, p. 2).

## 2.3 Breve Retomada histórica da discussão no Brasil

Quando tratamos do “encontro” do direito trabalhista com o direito antitruste, em 2018, havia pouquíssima discussão sobre o tema mesmo à luz da Lei 12.529/2011 (BRASIL, 2011). Atualmente, como se verá na seção 4, o Brasil já tem o primeiro caso de conduta estritamente ligada a troca de informações sensíveis no âmbito de departamentos de recursos humanos (BRASIL, 2020).

Cientes de que, conforme nossa tradição de análise antitruste no Brasil, a tutela jurídica pode se dar ao menos de três formas distintas<sup>13</sup>: (i) preventivamente, diante de formação de monopólios, por meio da análise dos atos de concentração, (ii) repressivamente, por meio do controle de condutas anticoncorrenciais consubstanciadas em acordos com concorrentes no mercado de trabalho; e (iii) por meio de instrumentos de *advocacy*, como construção de mecanismos preventivos e de conscientização das empresas e seus funcionários para os efeitos da restrição da concorrência no mercado de trabalho (ATHAYDE; DOMINGUES; SOUZA, 2018, p. 66) , e considerando a primeira década de vigor da Lei. 12.529/2011, trouxemos uma contribuição neste artigo para as discussões mais recentes sob o ponto de vista do controle de condutas, tanto internacionais (Seções 2.1 e 2.2) quanto nacionais (Seção 2.3).

## 3. CONTROLE DE CONDUTAS: INTERFACES DIRETAS ENTRE O DIREITO ANTITRUSTE E O DIREITO TRABALHISTA AO REDOR DO MUNDO

Como tratamos em 2018 (ATHAYDE; DOMINGUES; SOUZA, 2018, p. 72-73) , a perspectiva do controle de condutas pode ser subdividida em quatro grandes grupos de análise: acordos realizados entre empregadores para fixação de salários dos empregados (“*Wage Fixing Cartels*”) (3.1), acordos para não contratação de empregados (“*No Poach Agreements*”) (3.2) (UNITED STATES; DOJ; FTC, 2016, p. 3).<sup>14</sup>

No âmbito da União Europeia, essas condutas são condenáveis pelo artigo 101 do TFUE. Também são objeto de preocupação, pela restrição causada na mobilidade dos empregados; as cláusulas de não concorrência em contratos de trabalho, sobretudo de empregados que não têm acesso a segredo de negócios (3.3); e trocas de informações sensíveis sobre termos e condições de trabalho (3.4). O presente artigo irá atualizar o que tem havido de discussões entre 2018 e o início de 2022, em especial, sobre estas quatro espécies de condutas.

### 3.1 O que há de novo sobre cartéis de fixação salarial O QUE HÁ DE NOVO SOBRE CARTÉIS DE FIXAÇÃO SALARIAL (“*Wage Fixing Cartels*”)

Como já definimos em 2018 (ATHAYDE; DOMINGUES; SOUZA, 2018, p. 73-75), os cartéis de fixação salarial, ou “*Wage Fixing Cartels*”, podem ser entendidos como acordos realizados entre empregadores para fixação de salários dos empregados. A fixação de faixa salarial com o concorrente, ainda que não se chegue ao valor salarial exato, pode ser considerada como um ilícito antitruste (UNITED

13 Ademais, as autoridades trabalhistas podem enfrentar o tema concorrencial por meio da análise casuística da aplicabilidade de cláusulas de não concorrência e de acordos de confidencialidade, por exemplo, em todas as três formas distintas acima mencionadas.

14 Apesar de haver também distinções e discussões antitruste sobre a diferença entre *employee* e *contractor*, este tipo de análise não é objeto deste artigo. Para aprofundamento nesse tipo de discussão, veja Posner (2020).





STATES; DOJ; FTC, 2016).

Nesse contexto, fazemos breve remissão a alguns casos dos EUA, especialmente a partir da década de 90, que reforçam a compreensão das autoridades americanas sobre o tema. Menciona-mos, por exemplo, o caso U.S. v. *Debes Corp*, de 1992, em que o FTC processou administradores de lares de idosos de Rockford, Illinois, que se uniram para impedir que uma empresa de intermediação de trabalho temporário aumentasse o preço dos serviços de seus enfermeiros terceirizados (FTC, 1992). Já o caso U.S. v. *Utah Society for Healthcare Human Resources*, de 1994, envolvia a associação comercial de hospitais do estado de Utah, e a associação profissional de diretores de RH dos hospitais deste estado, além dos hospitais membros destas associações, diante de acordo para estabilização da remuneração paga aos enfermeiros (UNITED STATES, 1994). Em 1995, no caso U.S. v. *Council of Fashion Designers of America*, a FTC coibiu um acordo de preços que visava a diminuição dos valores dos cachês pagos aos modelos em desfiles de moda (FTC, 1995). Ademais, em 2007 o DOJ questionou a conduta da Arizona Hospital and Healthcare Association, que passou a agir em nome da maioria dos hospitais do Arizona para uniformizar os preços pagos por enfermeiras temporárias e suas diárias (NEIDERMEYER, 2018, p. 2). Entre dezembro de 2020 e dezembro de 2021, a Divisão Antitruste do DOJ iniciou cinco processos criminais por suposto conluio no mercado de trabalho, incluindo quatro empresas e nove indivíduos. Em janeiro de 2022, a Divisão Antitruste do DOJ apresentou outra acusação contra quatro gerentes de agências de assistência médica domiciliar por participar de um conluio para suprimir os salários e restringir a mobilidade profissional de trabalhadores essenciais durante a pandemia de COVID-19<sup>15</sup> (US DEPARTMENT OF TREASURY, 2022, p. 54).

Em adição ao que foi apresentado por estas autoras anteriormente (ATHAYDE; DOMINGUES; SOUZA, 2018, p. 73-75), sob a perspectiva europeia, o primeiro caso de fixação salarial ocorreu na Holanda, quando, em 2010 foi objeto de condenação com base nas leis antitruste. Um acordo entre 15 hospitais relacionado a condições de emprego e formação de médicos anestesiologistas e assistentes de operação previa que o valor do pagamento de horas extras desta classe de funcionários seria de até 75% do salário por hora<sup>16</sup>. Os hospitais foram condenados por violação por objeto da legislação antitruste holandesa no caso da fixação salarial (AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA DE PORTUGAL, 2021, p. 25).

Em 2016 e 2017, as autoridades de concorrência do Reino Unido, da França e da Itália investigaram acordos de fixação de preços no setor da moda. Os acordos envolviam a fixação da remuneração das modelos e das comissões das agências e foram condenados pelas leis de concorrência dos países membros e pelo artigo 101 do TFUE (AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA DE PORTUGAL, 2021, p. 43).

Em Portugal, a autoridade antitruste recomendou à Federação Portuguesa de Portugal, em junho de 2020, que se abstinhasse de impor um limite ao valor total da massa salarial de cada clube participante da liga feminina (AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA DE PORTUGAL, 2021, p. 42).

O caso mais recente de condenação por acordos de fixação salarial ocorreu no México. A Comissão Federal de Concorrência Econômica (“COFECE”) impôs multas de 117,6 milhões de pesos<sup>17</sup> a

15 United States v. Jindal; United States v. Surgical Care Affiliates; United States v. Hee et al.; United States v. DaVita, Inc.; and United States v. Patel et al.

16 Ademais, os hospitais acordaram que não contratariam anestesiologistas dos outros membros do acordo. Sobre este ponto, a condenação dos hospitais foi de que, apesar de o acordo não tem objetivo de restringir a concorrência, houve este efeito (AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA DE PORTUGAL, 2021, p. 25).

17 Equivalente a R\$46.868.640,00 em 04 de outubro de 2021. Fonte: <https://www.bcb.gov.br/conversao>.



dezessete clubes de futebol de uma liga mexicana, a MX, à Federação Mexicana de Futebol e pessoa físicas. As condutas condenadas envolviam a imposição de limites máximos de salários às jogadoras, e na segmentação do mercado de jogadores<sup>18</sup>. O caso chama a atenção porque, além de causar uma redução artificial dos salários das jogadoras mulheres da Liga MX, ainda ensejou um recrudescimento da diferença salarial já latente entre gêneros, sem qualquer justificativa razoável (COFECE, 2021).

Os casos acima nos ensinam que os casos de cartéis de fixação salarial, ou “*wage-fixing cartels*” foram fruto de trocas de informações, acordos ou até mesmo negociação conjunta de associações de empregadores (inclusive no ramo futebolístico), visando a uniformização da remuneração paga aos empregados. Vê-se que as condutas prejudicaram especialmente os trabalhadores temporários, que, em tese, teriam maior mobilidade entre empregadores. Chama a atenção o caso de fixação salarial de jogadoras de futebol, que indica incentivos à desigualdade de gênero entre homens e mulheres, sobretudo no tocante às remunerações das trabalhadoras.

### 3.2 O que há de novo sobre acordos de não contratação de trabalhadores (“*No Poach Agreements*”)

Como definimos em 2018 (ATHAYDE; DOMINGUES; SOUZA, 2018, p. 75-79), “*No Poach Agreements*” podem ser entendidos como acordos para não contratação de empregados de outra empresa concorrente no mesmo mercado relevante na dimensão trabalho, mesmo que estas não sejam concorrentes na dimensão produto<sup>19</sup> (UNITED STATES; DOJ; FTC, 2016, p. 3). Esses acordos podem ser implementados de diversas maneiras, tais como: i) não oferta do emprego, ii) monitoramento e repasse de informações sobre ofertas de emprego, iii) não apresentação de contraproposta a ofertas de emprego, e iv) negativa de seleção e recrutamento de um empregado de um concorrente.

Vale destacar que os acordos de no-poach também podem estar inseridos no contexto de um contrato de franquia. Restaurantes *fast-food* como Carl’s Jr. Burguer King, Pizza Hut, Domino’s e Mc Donald’s têm - ou tinham - cláusulas de *no-poach* em seus contratos com os franqueados. Também entre as franquias das academias de ginástica Curves e Anytime Fitness vigora esse tipo de cláusula contratual. Como exemplo, temos uma ação coletiva proposta por empregados da franquia de hambúrguerias Carl’s Jr em 2017. Estes empregados questionavam uma cláusula contratual imposta pelo franqueador a seus franqueados impedindo que estes contratem supervisores de outros restaurantes (HELTZER; DUBROW; STRIMEL, 2017).

Considera-se em alguns casos a existência de razoabilidade como ocorreu no caso *Eichorn v. AT&T*, de 2001, em que foi realizado um acordo para não contratar empregados no contexto de um desinvestimento. O tribunal julgou a cláusula válida, por ser acessória à venda dos negócios e pela razoabilidade do escopo e da duração (profissionais mais qualificados e estratégicos para as empresas, em um período de tempo determinado) (U.S. COURT OF APPEALS FOR THE THIRD CIRCUIT, 2001). Portanto, é importante que os acordos de não contratar, no contexto de atos de concentração, sejam

18 Um “acordo de cavalheiros” entre os clubes fazia com que os clubes tivessem que obter autorização do clube anterior do jogador antes de fazer uma oferta a ele, além de ter que pagar para o clube anterior em caso de contratação (COFECE, 2021).

19 Nos termos do Guia Antitruste para RH do DOJ/FTC, “é provável que um indivíduo viole as leis antitruste se ele ou ela concordar com indivíduo(s) de outra empresa em negar o assédio ou a contratação de funcionários da outra empresa. Tradução livre do original: “*an individual likely is breaking the antitrust laws if he or she agrees with individual(s) at another company to refuse to solicit or hire that other company’s employees*”. (U.S. DOJ; FTC, 2016, p. 3)

limitados em duração (da *due diligence* até um período razoável após a consumação do negócio) e no seu escopo, i.e. os profissionais visados (LINDSAY; STILSON; BERNHARD, 2016, p. 12).

Nos EUA, em 1957, o caso *Union Circulation Company v. FTC* tratou da contratação de vendedores de assinaturas de revistas porta-a-porta, cujo trabalho era intermediado por agências de terceirização. Os casos interdisciplinares entre direito do trabalho e direito antitruste se tornaram mais emblemáticos ao envolverem seis empresas de alta tecnologia (Adobe, Apple, Google, Intel, Intuit e Pixar).<sup>20</sup>

Em adição ao que foi apresentado por estas autoras anteriormente (ATHAYDE; DOMINGUES; SOUZA, 2018, p. 73-75), menciona-se que na Espanha, em 2010 e 2011 a autoridade de concorrência condenou dois cartéis que envolviam acordos de não contratação: um no mercado de empresas transportadoras de mercadorias e outro na venda de produtos para cabeleireiros tradicionais (AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA DE PORTUGAL, 2021, p. 23-24).

Em 2012, novamente nos EUA, a eBay também foi processada por acordos de “*no-poach*” ou “*no cold-calling*” celebrados com a Intuit<sup>21</sup>(U.S. v. eBay, Inc.). No acordo informal realizado entre executivos sêniores, entre 2006 e 2011, as empresas acordavam não recrutar empregados uns dos outros, mesmo se procurados pelos funcionários da concorrente. Esses acordos não eram públicos, nem mesmo para os empregados das duas empresas (UNITED STATES, 2014). Após as ações propostas pelo DOJ, várias ações privadas de reparação de danos contra as empresas de tecnologia (Adobe, Apple, Google, Intel, Intuit e Lucasfilm) se seguiram, tendo se concluído que os acordos secretos combatidos pelos casos prejudicaram a competição entre empregados qualificados dessas empresas, diminuindo sua mobilidade. Intuit, Lucasfilm e Pixar celebraram acordos no valor de 20 milhões de dólares, e as demais empresas fizeram acordo no montante de 415 milhões de dólares para a reparação de danos causados pela conduta praticada (LINDSAY; STILSON; BERNHARD, 2016, p. 6-7).

Em 2015, uma empresa de suporte de TI (Gemicro) entrou em acordo com a autoridade de concorrência da Croácia para encerrar um processo em que era acusada de abuso de posição dominante. Segundo a denúncia, a empresa só firmava contratos de prestação de serviços caso seus contratantes aceitassem obrigações suplementares em que eram proibidos de contratar ex-funcionários da Gemicro que atualmente estivessem trabalhando em seus concorrentes. (OCDE, 2019, p. 2).

Em 2017, o DOJ investigou as empresas *Knorr-Bremse* (“Knorr”) e *Westinghouse Air Brake Technologies* (“Wabtec”) pelos acordos de não contratar profissionais do mercado de suprimentos fer-

20 Os casos, genericamente intitulados “high-tech employees”, tratam da investigação iniciada pelo DOJ com relação a cinco acordos bilaterais que supostamente impediam as empresas de tecnologia envolvidas de contratar funcionários extremamente qualificados no setor de tecnologia umas das outras (United States v. Adobe Systems, Inc., et al.) (UNITED STATES, 2011). Segundo a investigação iniciada em 2010, não havia qualquer justificativa razoável de colaboração entre as empresas sem o conhecimento de seus empregados. (NEIDERMEYER, 2018, p. 3). Nestes casos, não houve alegação de que os produtos ou serviços oferecidos pelas empresas competiam entre si, mas sim que os acordos resultaram em diminuição das oportunidades de carreiras dos profissionais de alta tecnologia e, por conseguinte, impactavam em seus salários de modo não razoável (LINDSAY; STILSON; BERNHARD, 2016, p. 6). No ano de 2010, o DOJ abriu nova investigação contra as empresas Lucasfilm e Pixar (United States v. Lucasfilm Ltd.). As empresas acordaram entre si, sem informar aos seus empregados, que (i) evitariam oferecer empregos a funcionários uma da outra; (ii) informariam eventual oferta de trabalho a um empregado da concorrente e (iii) não tentariam cobrir uma possível contraproposta. Tais acordos foram entendidos como restrições horizontais entre competidores diretos no mercado de trabalho, que deveriam ser considerados ilegais *per se*. O caso foi encerrado em 2011, com um acordo entre o DOJ e Lucasfilm, impedindo-a de celebrar acordos anticompetitivos com consequências no mercado de trabalho (UNITED STATES, 2010).

21 A Intuit não foi processada no caso em questão por já ter assinado acordo para cessar a prática de *no-poach* em 2011 no caso United States v. Adobe Systems.

roviários.<sup>22</sup> No mesmo ano, a Autorité de la Concurrence na França condenou um grupo de empresas e um sindicato setorial por um cartel que envolvia, entre outras práticas, um acordo relacionado à política de recrutamento das empresas, em que os membros orientavam seus profissionais de recursos humanos e recrutadores externos a não procurar funcionários de empresas que fizessem parte do cartel<sup>23</sup>(AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, 2017, p. 45).

Em 2019, o DOJ, nos EUA, manifestou-se em uma ação coletiva iniciada por uma professora da Faculdade de Medicina da Duke University, que denunciou a existência de um acordo de não contratação de professores de medicina entre esta universidade e a University of North Carolina. (U.S. DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF MIDDLE DISTRICT OF NORTH CAROLINA, 2019) A manifestação do DOJ foi no sentido de que o acordo configuraria um ilícito concorrencial *per se*. O processo foi encerrado em acordo em que a professora recebeu indenização da Duke University que se comprometeu a não mais praticar acordos de não contratação (AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA DE PORTUGAL, 2021).

No início de 2021, o DOJ iniciou a primeira acusação criminal relacionada a acordos *no-poach*, contra a empresa Surgical Care Affiliates, que atua no mercado de operação de atendimento médico ambulatorial nos EUA. Segundo a acusação, a empresa acordou com seus concorrentes em não contratar profissionais sêniores entre si e possuía, inclusive, uma “lista de quem não chamar” direcionada aos recrutadores. (U.S. DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF TEXAS DALLAS DIVISION, 2021, p. 5) Em abril de 2022, o DOJ enfrentou duas derrotas em julgamentos com júris em acusações criminais relacionadas à conduta de *no-poach*. A primeira, no Colorado, foi contra a empresa de tratamento renal DaVita, que era acusada de ter acordo com seus concorrentes para evitar a contratação de seus profissionais sêniores. A segunda foi relacionada a uma empresa de fisioterapia do Texas, Integrity Home Therapy, que teria acordado com concorrente para redução de remunerações pagas a seus fisioterapeutas e assistentes de fisioterapia. Em ambos os casos, o júri reconheceu a existência de condutas antitruste, mas não as considerou uma infração criminal (DOJ LOSES TWO CRIMINAL ANTITRUST LABOR TRIALS, 2022).

Regra geral, os *no-poach agreements* vêm sendo considerados ilegais *per se* nos EUA. Na Europa, por sua vez, os acordos de não contratação são atacados sob a ótica do direito nacional antitruste dos Estados-Membros da União Europeia e também sob o artigo 101 do TFUE (AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA DE PORTUGAL, 2021).

### 3.3 O que há de novo sobre cláusulas de não concorrência em contratos de trabalho

Conforme indicamos em estudo anterior (ATHAYDE; DOMINGUES; SOUZA, 2018, p. 79-80), nos EUA, cláusulas de não concorrência têm gerado discussões há mais de 600 anos. Quando presentes nos contratos de trabalho, historicamente eram permitidas, desde que razoáveis em seu escopo e duração. Esse tipo de cláusula é tipicamente justificada pelo investimento em capital humano reali-

22 As empresas firmaram acordo com o DOJ, em que não assumiram a ilicitude das condutas, mas concordaram em cessar a prática. Em contrapartida, o DOJ deixou de processar as empresas tanto civil como criminalmente, o que não impediu o ajuizamento de ação coletiva proposta por empregados das duas empresas. Segundo os termos dessa ação privada de reparação de danos, tais acordos de “*No Poach*” teriam causado a diminuição da remuneração dos empregados, limitado a mobilidade dos empregados e impedido a inovação (KNORR AND WABTEC EMPLOYEES..., 2018).

23 Inclusive contratos entre uma das empresas praticantes do cartel e recrutadores externos (*headhunters*) previa que funcionários de determinada empresa não poderiam ser recrutados (AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, 2017, p. 45).



zado pelo empregador em relação ao empregado. Caso uma cláusula de não concorrência seja incluída no contrato de trabalho, esta aumentaria o incentivo do empregador de compartilhar segredos de comércio e prover treinamentos caros para seus funcionários, gerando, portanto, eficiências para toda a economia (DÉCHAMPS *et al.*, 2020, p. 7).

A questão é que muitas dessas cláusulas só são apresentadas aos trabalhadores após o aceite da proposta de emprego, aumentando a chance de sua assinatura e diminuindo o poder de barganha do empregado em sua negociação. Essa prática é proibida em países como França e Alemanha (DÉCHAMPS *et al.*, 2020, p. 8). Nos EUA, a proibição dessas cláusulas ocorre, com nuances diferentes em leis que já entraram ou vão entrar em vigor nos estados da Califórnia (2020), Distrito de Columbia (2021), Oregon (2021), Nevada (2021), Illinois (2022) (COX *et al.*, 2021).

Em agosto de 2016, a Casa Branca emitiu relatório em que apontou cinco principais problemas identificados nas cláusulas de não concorrência<sup>24</sup> recomendando aos empregadores<sup>25</sup> que: (i) fossem banidas as cláusulas de não concorrência para certas categorias de empregados; (ii) melhorassem a transparência; (iii) fornecessem contrapartida para além da manutenção de emprego para trabalhadores que assinem acordos de não concorrência. Em adição, foi incentivado aos empregadores a elaboração de contratos executáveis, desencorajando o uso de cláusulas inexecutáveis com o objetivo de coação do empregado supostamente desinformado da ilegalidade (ERNST, 2018, p. 1). No mesmo ano nos Estados Unidos, a empresa Law360 fez um acordo com o Procurador Geral de Nova York para liberar todos os seus executivos de cláusulas de não concorrência (BRASS *et al.*, 2020, p. 26).

Em 2017 a Comissão Europeia condenou a *International Skating Union* (“ISU”) por violação do artigo 101 do TFUE. A ISU impôs penalidades severas a atletas que participassem de competições não autorizadas por ela, de forma semelhante a uma cláusula de não-concorrência (DÉCHAMPS *et al.*, 2020, p. 8)<sup>26</sup> Em 2018, novo acordo foi feito com o Procurador Geral de Nova York sobre cláusulas de não concorrência, desta vez pela empresa WeWork, que liberou 1.400 empregados em todos os Estados Unidos dessas cláusulas e estreitou o escopo de centenas de outros empregados. Em 2019, novo acordo, desta vez com o Procurador Geral do estado de Illinois, proibiu a empresa Check into Cash de incluir esse tipo de cláusula para contratos com trabalhadores de lojas (BRASS *et al.*, 2020, p. 26).

As cláusulas de não concorrência foram objeto importante de discussão nas primárias presidenciais de 2020 do Partido Democrata nos Estados Unidos (DÉCHAMPS *et al.*, 2020, p. 6-8). A Ordem Executiva de 2021 da Casa Branca encoraja que o FTC atue editando regras que impeçam condutas que restrinjam a mobilidade de empregados no mercado de trabalho, sobretudo as cláusulas de não concorrência. No mesmo sentido, a nova Presidente do FTC, Lina Khan, afirma que certos termos contratuais, sobretudo aqueles impostos, constituem métodos desleais que podem prejudicar trabalhadores (UNITED STATES, 2021).

---

24 Segundo os termos do documento, tais seriam os principais problemas: (i) imposição da cláusula ao empregado em contratos de adesão; (ii) menor poder de barganha dos empregados após aceitar um novo emprego; (iii) falta de compreensão dos empregados de como são executáveis os acordos de não concorrência e as suas implicações; (iv) ausência de contrapartida adicional aos empregados, isto é, ao admitir a cláusula não há nada a não ser a promessa de continuar com seus empregos; (v) imposição de contratos bem mais amplos fixados pelos empregadores, com a confiança de que os tribunais irão “corrigi-los” em um possível processo judicial (UNITED STATES; WHITE HOUSE, 2016). Ou seja, os aspectos listados acima denotam evidente assimetria de informação entre empregados e empregadores em suas relações contratuais.

25 *Office of the Press Secretary, the White House, State Call to Action on Non-Compete Agreements* (October 25, 2016).

26 Veja-se mais sobre o tema em Athayde, Domingues e Souza (2018, p. 79-80).

### 3.4 O que há de novo sobre trocas de informações sensíveis sobre termos e condições de trabalho

Como já trouxemos em 2018 (ATHAYDE; DOMINGUES; SOUZA, 2018, p. 80-81), nos EUA as trocas de informações sensíveis sobre termos e condições de emprego são objeto de análise pela regra da razão, diferentemente dos acordos realizados entre empregadores para fixação de salários dos empregados (“*Wage Fixing Cartels*”) e dos acordos para não contratação de empregados (“*No Poach Agreements*”), que, conforme apresentado acima, geralmente são considerados ilegais per se.<sup>27</sup> Em adição, a OCDE apontou em 2020 que “as autoridades de concorrência mundiais tomaram poucas ou nenhuma ação para endereçar monopólio do trabalho e para garantir a competição em mercados relevantes na dimensão trabalho” (OCDE, 2020, p. 55). Foi sugerido, em 2019, que as autoridades deveriam garantir o status de trabalhador para grupos que estão na “zona cinzenta” entre empregado e autônomo, permitindo que negociem coletivamente com forma de resolver o poder de monopólio entre empregadores (OCDE, 2020, p. 44).

Além disso, a autoridade de concorrência portuguesa lançou recentemente, em setembro de 2021, um “Guia de Boas Práticas - Prevenção de Acordos Anticoncorrenciais nos Mercados de Trabalho” (“Guia de Portugal”). Nos termos do Guia de Portugal, um acordo anticoncorrencial no mercado de trabalho pode assumir várias denominações: acordo de não-angariação, acordo de cavalheiros, acordo de não contratação, acordo de fixação de salários, pactos de não agressão e acordo de não solicitação. O Guia de Portugal recomenda que as empresas eliminem políticas de recrutamento ou definição de condições salariais que envolvam acordos com outras empresas fora de contextos legítimos (AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA DE PORTUGAL, 2021b).

### 3.5 Contexto da pandemia

A pandemia trouxe enormes incertezas para os empregadores em termos de tratamento com os funcionários (políticas de *home-office*, licenças para tratamento da COVID-19 e outras doenças relacionadas, controle de jornada, testagem e vacinação, etc). Nesse sentido, aumentaram as trocas de informações e a colaboração entre empresas relacionadas a estes e outros temas. Para endereçar o assunto, DOJ e FTC emitiram em 2020 um comunicado antitruste conjunto relacionado ao COVID-19, esclarecendo as formas de cooperação que as empresa, inclusive concorrentes, poderiam colaborar

27 Nos termos do Guia Antitruste para RH do DOJ/FTC, as empresas não devem trocar informações sobre sua política de recrutamento de empregados e/ou salários e outros benefícios praticados (planos de saúde, estacionamento, auxílio-alimentação ou refeição, auxílio-moradia, auxílio-transporte, entre outros). As trocas de informações são consideradas lícitas se preencherem algumas condições, ou seja, quando: (i) forem realizadas por uma terceira parte neutra; (ii) envolverem dados antigos; (iii) houver uma junção das informações para proteção da identidade das fontes; (iv) existirem fontes suficientes agregadas para prevenir que competidores possam identificar qual seria a fonte em particular de cada uma das informações; (v) relacionadas a uma *due diligence* prévia a um ato de concentração, com precauções prévias a serem tomadas para evitar compartilhamento de informações. Por sua vez, as trocas de informações sensíveis sobre termos e condições de emprego são consideradas potencialmente ilícitas se forem periódicas e, especialmente, se tiverem o efeito de diminuir o valor dos salários (UNITED STATES; DOJ; FTC, 2016). Quanto ao item (v), tem-se que o impedimento de compartilhar informações não afeta o direito das empresas de reunir informações sobre empresas-alvo em operações de fusões, aquisições ou incorporações, desde que sejam tomadas as devidas precauções para o compartilhamento de informações, evitando o *gun jumping*. Tal compartilhamento é inclusive esperado, uma vez que o comprador precisa ter acesso aos custos com funcionários da empresa-alvo. A troca de informações sensíveis sobre termos e condições de trabalho pode representar uma conduta anticompetitiva no contexto em que é usada por empregadores para diminuir e uniformizar salários de determinada categoria de empregados. Existem exceções a essa proibição, quais sejam (i) um contexto de ato de concentração ou (ii) tratamento específico prévio para retirar da informação o potencial de causar colusão.



neste momento singular. Alguns dos exemplos fornecidos foram: colaboração em pesquisa e desenvolvimento; compartilhamento razoável de conhecimento técnico, compartilhamento de informações sobre parâmetros de protocolos médicos clínicos, acordos de compra conjunta de insumos médicos, entre outros. (UNITED STATES; DEPARTMENT OF JUSTICE, 2020). Ademais, a pandemia reforçou a competição por trabalhadores da linha de frente do combate ao COVID-19, motivo pelo qual DOJ e FTC emitiram nota em abril de 2020 informando que “aplicaria as leis antitruste [dos Estados Unidos] contra aqueles que visassem explorar a pandemia para engajar em condutas anticompetitivas no mercado de trabalho” (UNITED STATES; DEPARTMENT OF JUSTICE, 2020).

O DOJ e o FTC estão trabalhando para atualizar o Guia de RH de 2016, após casos recentes e pesquisas que mostraram que o compartilhamento de informações, principalmente em mercados concentrados, pode ter efeitos anticompetitivos potencialmente significativos, mesmo quando supostamente anonimizados. (U.S. DEPARTMENT OF TREASURY, 2022, p. 56).

No Brasil, o artigo 14 da Lei 14.010/2020 abrangeu o regime concorrencial em período de pandemia, incluindo algumas exceções. O CADE, por sua vez, emitiu uma Nota Informativa Temporária sobre Colaboração entre Empresas para Enfrentamento da Crise de COVID-19 (“Nota Informativa”) “com o objetivo de fornecer orientações sobre procedimentos aos quais agentes econômicos poderão recorrer para receber um pronunciamento do CADE acerca da adoção de estratégias voltadas ao combate da crise, e garantir o cumprimento da Lei nº 12.529/2011, de 30 de novembro de 2011”. A Nota Informativa não trata especificamente de trabalho ou emprego, mas orienta que concorrentes que queiram colaborar entre si respeitem diretrizes de escopo, duração, território e, governança, transparência e boa-fé na celebração de acordos com concorrentes no âmbito da pandemia. Ademais, a nota informa que, caso haja necessidade de troca de informações concorrencialmente sensíveis para se atingir os fins desejados pela colaboração frente à pandemia, deve ser organizado um grupo desvinculado das empresas concorrentes que possa acessar as informações e realizar seu tratamento (Cade, 2020b, p. 4-6).

A União Europeia também divulgou comunicado sobre o tema em 2020, em que ressalta que pode haver troca de informações entre empresas para fins e combate à pandemia, mas que estas, quando concorrencialmente sensíveis, devem ser agregadas (COMISSÃO EUROPEIA, 2020, p. 3).

#### **4. CONTROLE DE CONDUTAS: INTERFACES DIRETAS ENTRE O DIREITO ANTITRUSTE E O DIREITO TRABALHISTA NO BRASIL**

Diante do exposto a respeito da experiência nos demais países, sobretudo a mais recente, serão apresentadas perspectivas para o Brasil – atualizadas em relação às nossas análises de 2018 (ATHAYDE; DOMINGUES; SOUZA, 2018, p. 82-85), envolvendo especificamente a persecução de condutas anticompetitivas envolvendo o direito trabalhista. Ainda que questões mais complexas não tenham sido enfrentadas de modo definitivo no Brasil, há processos administrativos nos quais o Cade enfrentou o tema de modo coadjuvante<sup>28</sup>, bem como caso recente que trata apenas dessa interface

28 No Processo Administrativo n. 08012.003021/2005-72, o Cade investigou um suposto cartel em licitações públicas e privadas para contratação de serviços de tecnologia da informação. Um dos acertos entre os concorrentes, membros de um sindicato patronal, era a “política de ‘respeitar’ o funcionário da empresa concorrente, por meio da não realização de ofertas para trabalho, conduta essa que poderia impor condições artificiais para o mercado de trabalho para as empresas prestadoras de serviços de tecnologia da informação”. Trata-se, ao nosso ver, de conduta assemelhada à prática de *No Poach Agreements*. Também houve alegação de existência de acordo de não contratar empregados de concorrentes no Processo Administrativo n.

entre antitruste e trabalho.

No ano de 2020, o Cade iniciou a primeira grande investigação relacionada a departamentos de recursos humanos no Brasil, após celebração de acordo de leniência. Nesta, 37 empresas do setor de saúde do estado de São Paulo são investigadas pela possível prática de condutas anticompetitivas incluindo acordos de fixação de remuneração e acordos de não contratação de trabalhadores, assim como trocas de informações concorrencialmente sensíveis relacionadas a salários, benefícios e compensações em geral. As trocas de informações e acordos ocorriam por meio do grupo “MedTech” entre 2009 e 2018, cujo objetivo era “promover a troca de experiências, tendências de mercado e informações sensíveis principalmente relacionadas à gestão de pessoas e ao departamento de RH (remuneração/bonificação de funcionários, além de outros benefícios), a fim de apoiar o processo de tomada de decisão das Participantes da Conduta Relatada nas suas respectivas atividades corporativas voltadas ao ambiente do Mercado de Trabalho Afetado (i.e., temas que permeiam decisões referentes a contratação, remuneração e manutenção de funcionários)”. (Cade, 2021, p. 44).

A Superintendência Geral do Cade, no Despacho de Instauração do Inquérito Administrativo, decidiu pela instauração de Inquérito Administrativo para apuração de condutas anticompetitivas nos termos do art. 36, incisos I a IV c/c §3º, inciso I, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, e inciso II da Lei 12.259/2011, nos termos dos arts. 13, III, 49 e 66, caput e §10, e seguintes da Lei nº 12.529/2011<sup>29</sup> (Cade, 2020). Assim, nota-se que em seu decenário a Lei 12.529/2011 apresenta-se como instrumento válido e passível de aplicação para as questões que envolvem *labor markets* quando há trocas de informações sensíveis entre concorrentes relacionadas à gestão de pessoas e ao departamento de RH.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em todo mundo, o desenvolvimento dos assuntos relacionados a direito concorrencial e direito trabalhista pela doutrina e jurisprudência demonstra que os fatores trabalhistas de fato ganham cada vez mais importância na análise concorrencial<sup>30</sup>. Isto não foi diferente no Brasil.

08012.002812/2010-42, que investigou cartel no mercado de distribuição de recarga eletrônica de celulares pré-pagos. Sobre trocas de informações concorrencialmente sensíveis, o primeiro caso foi o PA n. 08700.006386/2016-53, envolvendo o mercado independente de peças automotivas de reposição. A conduta envolvia, supostamente, o compartilhamento de informações relevantes na configuração de estratégia empresarial, tais como a estrutura comercial; número de representantes e seus salários/benefícios. (Cade, 2016) Ainda, vale mencionar um PA em curso no Cade que abordou variáveis de RH que surgiram da denúncia feita pelo Nubank contra os cinco principais bancos do país: Itaú, Bradesco, Santander, Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil. Neste caso o Nubank alega que o Itaú teria praticado assédio aos seus funcionários estratégicos da área de tecnologia.

29 Em 2018, em nosso primeiro artigo sobre o tema, inclusive citado no Anexo da Nota Técnica de Instauração do Inquérito Administrativo em questão, entendemos que “O Cade, num possível caso de acordo entre concorrentes para restrição do mercado de trabalho, poderia enquadrar referida conduta em seu artigo 36, incisos I ou III. O inciso III, aumento arbitrário de lucros, poderia ser justificado pela diferença existente entre o valor justo que deveria ser pago de salário ao empregado de um mercado afetado pela conduta e o valor efetivamente pago, fruto desse arranjo entre concorrentes. Já o enquadramento no inciso I deveria considerar que o mercado em que a livre concorrência afetada é no mercado de trabalho dos profissionais de determinada função. Também é possível que seja vista essa prática como uma conduta comercial concertada nos termos do inciso II do § 3º do art. 36 da Lei n. 12.529” (ATHAYDE; DOMINGUES; SOUZA, 2018, p. 83-84).

30 As empresas norte-americanas vêm buscando se adequar à nova política antitruste em cinco frentes: (i) revisão de compliance antitruste do nível de informação trocada em associações de RH às quais pertença e dos pedidos de *benchmarking*; (ii) revisão de políticas de contratação e trocas de informações sobre Recursos Humanos; (iii) percepção de que é estranho que o mercado tenha uma mesma prática de contratação, solicitação ou troca de informações de RH; (iv) treinamentos regulares de pessoal para os empregados da área de Recursos Humanos para identificar como cumprir as normas antitruste e saber identificar quais são seus competidores diretos por pessoal; (v) treinamento de todo Jurídico (advogados trabalhistas, de M&A, contratuais) da empresa para entendimento da legislação antitruste (NEIDERMEYER, 2018, p. 8-10).





A abertura do primeiro grande processo administrativo, em 2020, que investiga supostas práticas envolvendo departamentos de recursos humanos, reforça nossa hipótese, aventada em 2018, de o Cade por meio da Lei 12.529/2011 ter capacidade técnica e instrumental passível de investigação de condutas relevantes.

Da mesma forma, diante do enfoque crescente em acordos de *no-poach*, os empregadores devem considerar a adoção ou implementação de melhores práticas. Ainda que o arcabouço legislativo atual alcance as condutas anticompetitivas analisadas, entende-se que um eventual guia pode ser útil no futuro para aproximar ainda mais as áreas jurídicas que sempre foram vistas como estanques pelo ensino jurídico tradicional<sup>31</sup>, a exemplo do que foi realizado nos Estados Unidos, na OCDE e em Portugal. Este ponto é relevante já que podem ser aduzidos, como argumento de defesa nos processos administrativos instaurados pela autoridade antitruste, que não havia clareza sobre a ilicitude dessas práticas por quem não tem afinidade com o direito concorrencial.

Registre-se, ainda, posição no sentido de que o Cade possui, de fato, competência para analisar essas possíveis práticas anticompetitivas. No caso das infrações de cartéis de fixação salarial, de acordos de não contratação de funcionários e de trocas de informações sensíveis sobre termos e condições de trabalho, o enquadramento é possível com base no art. 36, §3º, incisos I e II da Lei 12.529/2011. Por sua vez, no caso das cláusulas de não concorrência em contratos de trabalho, caso não realizadas de modo coordenado, poderia ser consideradas condutas unilaterais, ainda assim passíveis de enquadramento nos incisos III, IV e/ou V do §3º do art. 36 da Lei 12.529/2011. Neste último caso, porém, haveria uma discussão sobre os efeitos da prática, que podem ser bastante difíceis – ou até mesmo impossíveis – de prova para a autoridade.

É fato que em mercados em que o trabalho pode ser visto como um insumo preponderante – pela necessidade de extrema qualificação de profissionais e investimento na capacidade intelectual dos empregados – troca de informações de variáveis relacionadas a Recursos Humanos entre empresas, mesmo que não concorrentes, deve ser analisada com cautela tanto em atos de concentração quanto em processos administrativos. Nesse contexto, também as cláusulas de não concorrência devem ser analisadas levando em conta seu potencial restritivo de mobilidade no mercado relevante na dimensão trabalho.

Registre-se uma discussão que pode ser levantada nestes casos: qual seria o melhor remédio a ser aplicado, como sanção a esse tipo de infração? As multas, tradicionalmente privilegiadas pelo Cade, seriam as medidas mais adequadas em caso de uma eventual condenação dos envolvidos? Ou seria o caso de se aplicar, prioritariamente, ou em complementação, uma penalidade não pecuniária prevista no art. 38 da Lei 12.529/2011?<sup>32</sup>

---

31 Das melhores práticas depreendidas da experiência mundial que poderiam ser exploradas num guia do Cade, destacamos algumas: (i) os empregadores deveriam informar e treinar todos os funcionários com responsabilidades no RH para compreender os fundamentos da lei antitruste; (ii) os funcionários não deveriam entrar em acordos escritos ou verbais sobre remuneração (ou outros termos relacionados ao emprego), ou sobre recrutamento de funcionários, com profissionais de empresas concorrentes; (iii) ao compartilhar informações confidenciais de funcionários, quando há uma transação que resulte em Ato de Concentração, as empresas deveriam considerar o uso de um terceiro (agente neutro) para gerenciar a troca de dados, anonimizar os dados (apresentando-os por posição ou de forma agregada) e limitar o acesso a tais dados ou informações; (iv) as empresas deveriam garantir que as disposições de não-concorrência nos documentos da transação estejam adaptadas ao negócio e sejam razoáveis em duração e escopo.

32 Em todo caso, na hipótese de ser celebrado um Termo de Compromisso de Cessação (TCC) nesse tipo de investigação, passa a ser interessante a avaliação de eventual exigência da implementação de um programa de compliance específico para fins de se evitar futuras práticas anticompetitivas, em especial voltadas para o mercado de trabalho.

Tais são as reflexões para o futuro e parte dos desafios que serão enfrentados pela Lei 12.529/2011 e pelo Cade na próxima década.

## 6. REFERÊNCIAS

ANTOINE, Theodore . J. St. Connell: Antitrust Law at the Expense of Labor Law. **Virginia Law Review**, n. 62, p. 603-631, 1976.

ATHAYDE, Amanda; DOMINGUES, Juliana Oliveira; SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. O improvável encontro do direito trabalhista com o direito antitruste. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 24, n. 2, p. 65-93, 2018.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA DE PORTUGAL. **Acordos no mercado de trabalho e política de concorrência**. Lisboa: Autoridade da Concorrência, 2021a.

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA DE PORTUGAL. **Guia de Boas: Práticas - Prevenção de Acordos Anticoncorrenciais nos Mercados de Trabalho**. Lisboa: Autoridade da Concorrência de Portugal, 2021b.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. **Décision n° 17-D-20 du 18 octobre 2017 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des revêtements de sols résilients**. Paris: Autorité de la concurrence, 2017.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **DESPACHO SG INSTAURAÇÃO INQUÉRITO ADMINISTRATIVO Nº 30/2020**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. 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. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

BRASS, Rachel *et al.* **Antitrust Update on No-Poach and Non-Compete Agreement Enforcement**. [S. l.]: Gibson Dunn, 2020. Disponível em: <https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/2020/02/WebcastSlides-Antitrust-Update-on-No-Poach-and-Non-Compete-Agreement-Enforcement-27-FEB-2020.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

CADE. **Guia de Remédios Antitruste**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2018. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/copy\\_of\\_GuiaRemdios.pdf/view](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf/view). Acesso em: 16 out. 2018.

CADE. **Guia para Análise da Consumação Prévia dos Atos de Concentração Econômica**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2015. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf). Acesso em: 16 set. 2018.

CADE. **GUIA PRÁTICO DO CADE - A defesa da concorrência no Brasil**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2007. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/guia\\_cade\\_3d\\_100108.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/documentos-da-antiga-lei/guia_cade_3d_100108.pdf). Acesso em: 19 set. 2018.

CADE. **Nota Informativa Temporária sobre colaboração entre empresas no enfrentamento da crise de Covid-19**. Brasília, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2020b.



CADE. **NOTA TÉCNICA Nº 12/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE**. Inquérito Administrativo n. 08700.03187/2017-74. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2014. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhB-t-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yM0Ur3G5YApuDmwdqA-gN0OY7RHVE2BI-MZFRoy-gMkMaWhujSckPR-xlhW5LS8R6NMH3IKdduvXuSIMmBFewCii](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhB-t-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yM0Ur3G5YApuDmwdqA-gN0OY7RHVE2BI-MZFRoy-gMkMaWhujSckPR-xlhW5LS8R6NMH3IKdduvXuSIMmBFewCii). Acesso em: 12 jul. 2018.

CADE. **Nota Técnica nº 36/2021/CGAA8/SGA2/SG/CADE**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2021.

CADE. **NOTA TÉCNICA Nº 54/2015/CGAA8/SGA2/SG/CADE**. Processo Administrativo nº 08700.003187/2017-74. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2014. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcR\\_i6sE7OkFJok93LEikHfO95Gv2EzMU-x9eRqF7SgYE7](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcR_i6sE7OkFJok93LEikHfO95Gv2EzMU-x9eRqF7SgYE7). Acesso em: 13 out. 2021.

CADE. **Processo Administrativo n. 08700.006386/2016-53**. Nota Técnica de Instauração. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcdosLisLk49jlp0Rhy3QNUZKEc-rcx9oNfcBskOLCbyV](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcdosLisLk49jlp0Rhy3QNUZKEc-rcx9oNfcBskOLCbyV). Acesso em: 20 set. 2018.

CADE. **Processo administrativo nº 08012.002812/2010-42**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2010. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?5LK20PcLJR\\_ipmIldOEcwJwPucpbCJDecPgMLlCe73jB508ahT9wUzaXUnjAZUJ4XW1x-tu1H5kGUyGvypRMajbuMD5RPkEZci4Rew50iOazXMMhKlVjARby3J2sEOJFm](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?5LK20PcLJR_ipmIldOEcwJwPucpbCJDecPgMLlCe73jB508ahT9wUzaXUnjAZUJ4XW1x-tu1H5kGUyGvypRMajbuMD5RPkEZci4Rew50iOazXMMhKlVjARby3J2sEOJFm). Acesso em: 17 set. 2018.

COFECE. COFECE sanciona a 17 clubes de la Liga MX, a la Federación Mexicana de Fútbol y 8 personas físicas por coludirse en el mercado de fichaje de las y los futbolistas. **Comisión Federal de la Competencia Económica**, 23 setembro 2021. Disponível em: <https://www.cofece.mx/cofece-sanciona-a-17-clubes-de-la-liga-mx-a-la-federacion-mexicana-de-futbol-y-8-personas-fisicas-por-coludirse-en-el-mercado-de-fichaje-de-las-y-los-futbolistas/>. Acesso em: 04 out. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. **Quadro Temporário para a Análise de Práticas Anti-trust na cooperação entre empresas em resposta a situações de emergência decorrentes do atual surto de COVID-19**. Bruxelas: Comissão Europeia, 2020.

COX, Joyce Ackerbaum *et al.* Are Your Employment Practices Compliant With Antitrust and Non-Compete Laws? **Baker & Hostetler LLP**, 14 jun. 2021. Disponível em: <https://www.bakerlaw.com/alerts/are-your-employment-practices-compliant-with-antitrust-and-non-compete-laws>. Acesso em: 10 out. 2021.

DÉCHAMPS, Pascale *et al.* Labour markets: a blind spot for competition authorities? **Competition Law Journal**, Paris, p. 14, 2020.

DOJ LOSES TWO CRIMINAL ANTITRUST LABOR TRIALS, Stymied by (Lack of) Evidence. **The National Law Review**, 19 abr. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3lWmwub>. Acesso em: 29 maio 2022.

ERNST, D. **Employee Non-Competes – State Law Developments**. ABA Section of Antitrust Law Spring Meeting. Washington, D.C.: [s.n.]. 2018.

FEDERAL TRADE COMMISSION. Non-Competes in the Workplace: Examining Antitrust and Consumer

Protection Issues. **Federal Trade Commission**, 2020. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/events-calendar/non-competes-workplace-examining-antitrust-consumer-protection-issues>. Acesso em: 10 out. 2021.

FEDERAL TRADE COMMISSION. **U.S. v. Debes Corporation at al. (Consent Order)**. Washington: FTC, 1992. Disponível em: [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/commission\\_decision\\_volumes/volume-115/ftc\\_volume\\_decision\\_115\\_january\\_-\\_december\\_1992pages\\_670-773.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/commission_decision_volumes/volume-115/ftc_volume_decision_115_january_-_december_1992pages_670-773.pdf). Acesso em: 17 set. 2018.

FEDERAL TRADE COMMISSION. **U.S. v. The Council of Fashion Designers of America et. al. (Consent Order)**. Washington: FTC, 1995. Disponível em: [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/commission\\_decision\\_volumes/volume-120/ftc\\_volume\\_decision\\_120\\_july\\_-\\_december\\_1995pages\\_814\\_-\\_892.pdf](https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/commission_decision_volumes/volume-120/ftc_volume_decision_120_july_-_december_1995pages_814_-_892.pdf). Acesso em: 17 set. 2018.

FORDHAM LAW REVIEW. The Antitrust Laws and Labor. **Fordham Law Review**, v. 30, n. 4, p. 759-775, 1962. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1731&context=flr>. Acesso em: 10 out. 2021.

HELTZER, Gregory E.; DUBROW, Jon B.; STRIMEL, Mary. THE LATEST: Employee “No-Poaching” Agreements Remain in the Antitrust Crosshairs. **Antitrust Alert**, 16 fev. 2017. Disponível em: <https://www.antitrustalert.com/2017/02/articles/uncategorized/the-latest-employee-no-poaching-agreements-remain-in-the-antitrust-crosshairs/>. Acesso em: 1 ago. 2018.

HOLLAND, C. **Department of Justice / Federal Trade Commission Antitrust Guidance for Human Resource Professionals: Overview + Key Takeaways**. ABA Antitrust Law Spring Meeting. Washington, D.C., EUA: [s.n.]. 2018.

HONG KONG COMPETITION COMMISSION. **Competition concerns regarding certain practices in the employment marketplace in relation to hiring and terms and conditions of employment**. Hong Kong: Hong Kong Competition Commission, 2018.

HOVENKAMP, Herbert. **Competition Policy for Labour Markets**. Paris: OCDE, 2021.

HOVENKAMP, Herbert. Worker Welfare and Antitrust. **SSRN**, Pennsylvania, 2022. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4015834>. Acesso em: 3 abr. 2022.

JAPAN FAIR TRADE COMMISSION. **Report of the Study Group on Human Resource and Competition Policy. Japan Fair Trade Commission**. Tóquio, p. 1-29. 2018.

KNORR AND WABTEC EMPLOYEES File Antitrust Lawsuit to Recover Damages Stemming From Employers’ “No-Poach” Conspirac. **GlobeNewsWire**, 16 abr. 2018. Disponível em: <https://globenewswire.com/news-release/2018/04/16/1472241/0/en/Knorr-and-WABTEC-Employees-File-Antitrust-Lawsuit-to-Recover-Damages-Stemming-From-Employers-No-Poach-Conspiracy.html>. Acesso em: 17 abr. 2018.

LINDSAY, Michael; STILSON, Jaime; BERNHARD, Rebecca. Employers Beware: The DOJ and FTC Confirm that Naked Wage-Fixing and “No-Poaching” Agreements Are Per Se Antitrust Violations. **The Antitrust Source**, 2016.

NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, E. Glen. Antitrust Remedies for Labor Market Power. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3129221>. Acesso em: 3 jun. 2018.



NEIDERMEYER, J. The 2016 “**Antitrust Guidance for Human Resource Professionals**” - An In-House Perspective. **ABA Antitrust Spring Meeting**. Washington, D.C.: [s. n.]. 2018.

NO-POACH. **Competition Policy International**, 11 maio 2022. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/antitrust-chronicle-no-poach>. Acesso em: 11 maio. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Competition Issues in Labour Markets**: Note by Croatia. Paris: OCDE, 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Competition in labour markets**. Paris: OCDE, 2020.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Executive Summary of the Roundtable on Competition issues in labour markets**. Paris: OCDE, 2021.

POSNER, Eric. The Economic Basis of the Independent Contractor/Employee Distinction. **University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper**, n. 909, 2020. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3582673](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3582673). Acesso em: 29 maio. 2022.

POSNER, Eric. You Deserve a Bigger Paycheck. Here’s How You Might Get It. **The New York Times**, 2021. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2021/09/23/opinion/antitrust-workers-employers.html>. Acesso em: 24 set. 2021.

SHUGHART II, William F; TOLLISON, Robert D. The Employment Consequences of the Sherman and Clayton Acts. **Journal of Institutional and Theoretical Economics**, v. 147, n. 1, 1991.

U.S. COURT OF APPEALS FOR THE THIRD CIRCUIT. **Eichorn v. AT&T**. Washington: U.S. COURT OF APPEALS FOR THE THIRD CIRCUIT, 2001. Disponível em: <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F3/248/248.F3d.131.99-5791.html>. Acesso em: 16 set. 2018.

U.S. DISTRICT COURT NORTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA. In re High-Tech Employee Antitrust Litigation. **High-Tech Employee Antitrust Settlement**, 2 setembro 2015. Disponível em: <http://www.hightechemployeelawsuit.com/case-documents.aspx>. Acesso em: 18 set. 2018.

UNITED STATES. DEPARTMENT OF JUSTICE. **Joint Antitrust Statement Regarding COVID-19**. Washington: DOJ, 2020. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/joint-antitrust-statement-regarding-covid-19>. Acesso em: 04 out. 2021.

UNITED STATES. DEPARTMENT OF JUSTICE. **U.S. v. Utah Society for Healthcare Human Resources Administration, et al. (Final Judgement Nunc Pro Tunc)**. Washington: DOJ, 1994. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case-document/final-judgment-nunc-pro-tunc>. Acesso em: 17 set. 2018.

UNITED STATES. DEPARTMENT OF JUSTICE. **U.S. v. Utah Society for Healthcare Human Resources Administration, et al. (Complaint)**. Washington: DOJ, 1994. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case-document/complaint-236>. Acesso em: 17 set. 2018.

UNITED STATES. Department of Justice. **U.S. v. Utah Society for Healthcare Human Resources Administration, et al. (Final Judgement Nunc Pro Tunc)**. Washington: DOJ, 1994. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case-document/final-judgment-nunc-pro-tunc>. Acesso em: 17 set. 2018.

UNITED STATES. DEPARTMENT OF JUSTICE. **United States and the State of Arizona v. Arizona Hospital and Healthcare Association and AzHHA Service Corporation**. Washington: DOJ, 2007. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-and-state-arizona-v-arizona-hospital-and-healthcare-association>



tion-and-azhha-service-corp. Acesso em: 17 set. 2018.

UNITED STATES. DOJ. **United States and the State of Arizona v. Arizona Hospital and Healthcare Association and AzHHA Service Corporation**. Washington: DOJ, 2007. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-and-state-arizona-v-arizona-hospital-and-healthcare-association-and-azhha-service-corp>. Acesso em: 17 set. 2018.

UNITED STATES. Federal Trade Commission. **Memorandum**. Vision and Priorities for the FTC. Washington: Federal Trade Commission, 2021.

UNITED STATES. U.S. COURT OF APPEALS SECOND CIRCUIT. Union Circulation Company v. The Federal Trade Commission. **Leagle**, 18 fevereiro 1957. Disponível em: <https://www.leagle.com/decision/1957893241f2d6521738>. Acesso em: 1 set. 2018.

UNITED STATES. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. **Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care**. Washington: DOJ, 1996. Disponível em: [https://www.justice.gov/atr/statements-antitrust-enforcement-policy-health-care#CONTNUM\\_49](https://www.justice.gov/atr/statements-antitrust-enforcement-policy-health-care#CONTNUM_49). Acesso em: 26 jul. 2018.

UNITED STATES. U.S. DISTRICT COURT EASTERN DISTRICT OF MISSOURI. **Haines v. VeriMed Health-care Network LLC**. Washington: DOJ, 2009. Disponível em: [https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCOURTS-moed-4\\_08-cv-00791/pdf/USCOURTS-moed-4\\_08-cv-00791-0.pdf](https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCOURTS-moed-4_08-cv-00791/pdf/USCOURTS-moed-4_08-cv-00791-0.pdf). Acesso em: 1 set. 2018.

UNITED STATES. U.S. DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA. **U.S. v. Lucasfilm Ltd**. Washington: DOJ, 2010. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-lucasfilm-ltd>. Acesso em: 18 set. 2018.

UNITED STATES. U.S. DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA. **United States v. Adobe Systems, Inc., et al**. Washington: DOJ, 2011. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-adobe-systems-inc-et-al>. Acesso em: 18 set. 2018.

UNITED STATES. U.S. DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF MIDDLE DISTRICT OF NORTH CAROLINA. **U.S. v. Duke University and Duke University Health System**. North Carolina: U.S. DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF MIDDLE DISTRICT OF NORTH CAROLINA, 2019.

UNITED STATES. U.S. DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF CALIFORNIA. **United States v. eBay, Inc**. Washington: DOJ, 2014. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-ebay-inc>. Acesso em: 18 set. 2018.

UNITED STATES. U.S. DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF TEXAS DALLAS DIVISION. **Indictment, United States v. Surgical Care Affiliates, LLC**. Dallas: U.S. DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF TEXAS DALLAS DIVISION, 2021.

UNITED STATES. U.S. DOJ. The United States Department of Justice. **Justice Department and Federal Trade Commission Jointly Issue Statement on COVID-19 and Competition in U.S. Labor Markets, 2020**. Disponível em: <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-and-federal-trade-commission-jointly-issue-statement-covid-19-and>. Acesso em: 04 out. 2021.

UNITED STATES. WHITE HOUSE. **Executive Order on Promoting Competition in the American Economy**. Washington: The White House, 2021. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/>. Acesso em: 10 out. 2021.



UNITED STATES. WHITE HOUSE. **Non-Compete Agreements:** Analysis of the Usage, Potential Issues, and State Responses, 2016. Disponível em: [https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/non-competes\\_report\\_final2.pdf](https://obamawhitehouse.archives.gov/sites/default/files/non-competes_report_final2.pdf). Acesso em: 1 agosto 2018.

UNITED STATES; DOJ; FTC. **Antitrust Guidance for HR Professionals.** Washington, D.C.: DOJ, 2016. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/903511/download>. Acesso em: 20 jun. 2018.

US DEPARTMENT OF TREASURY. **The State of Labor Market Competition.** Washington: US DEPARTMENT OF TREASURY, 2022.

#### **AMANDA ATHAYDE LINHARES MARTINS RIVERA**

A autora foi responsável pelo projeto e esboço inicial, desenvolvimento da metodologia, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, participação ativa nas discussões dos resultados, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.

#### **JULIANA OLIVEIRA DOMINGUES**

A autora foi responsável pelo projeto e esboço inicial, desenvolvimento da metodologia, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, participação ativa nas discussões dos resultados, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.

#### **NAYARA MENDONÇA SILVA E SOUZA**

A autora foi responsável pelo projeto e esboço inicial, desenvolvimento da metodologia, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, participação ativa nas discussões dos resultados, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.

#### **COMO CITAR ESTE ARTIGO:**

RIVERA, Amanda Athayde Linhares Martins; DOMINGUES, Juliana Oliveira; SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. 10 anos da lei 12.529/2011: Os avanços no debate que resultaram na incontornável interface entre concorrência e trabalho. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 1., p. 40-61, 2022.



# 4

## CONVERGÊNCIA APLICADA AO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES BRASILEIRO: UM HISTÓRICO BEM SUCEDIDO DA LEI Nº 12.529/2011<sup>1</sup>

Convergence applied to the brazilian merger control: A successful history of Law NO. 12.529/2011

Jéssica Gusman Gomes<sup>2</sup>

Universidade Presbiteriana Mackenzie (Mackenzie/SP) – São Paulo/SP, Brasil

Daniel Jacomelli Hudler<sup>3</sup>

Universidade Nove de Julho (UNINOVE/SP) – São Paulo/SP, Brasil

### RESUMO ESTRUTURADO

**Contextualização:** Decisões unilaterais de autoridades concorrenciais sobre operações empresariais podem gerar entendimentos conflitantes. Neste passo, impõe-se o estudo de formas para dirimir entendimentos conflitos no contexto do Direito Concorrencial.

**Objetivo:** Verificar a possibilidade de incorporação ao contexto brasileiro dos conceitos de convergência, critérios e das práticas internacionais sobre notificação de atos de concentração

**Método:** Hipotético-dedutivo apoiado pela pesquisa revisional bibliográfica e documental.

**Resultados:** A análise demonstrou que no Brasil, a partir da Lei n.º 12.529/2011, inspirada nas experiências americana e europeia, endereçou pontos do regime de controle de concentrações para alinhá-lo às recomendações da OCDE e da ICN – como o aperfeiçoamento do teste substancial adotado, a adoção de critérios objetivos de notificação, e a modificação do timing para submissão e

**Editor responsável:** Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braido, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

**OCIRD:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

1 **Recebido em:** 06/02/2022 **Aceito em:** 20/04/2022 **Publicado em:** 09/06/2022

2 Mestranda em Direito e Economia pela Universidade de Lisboa com intercâmbio acadêmico na Université Catholique de Louvain. Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada com prática em Direito Concorrencial no Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados. **E-mail:** [jgusman@outlook.com](mailto:jgusman@outlook.com). **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/1596617842124475>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-6060-1305>.

3 Doutorando em Direito Empresarial e Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE-SP), ex-bolsista de pesquisa PROSUP/CAPES na área de concentração “Justiça, Empresa e Sustentabilidade”. Especialista em Direito Processual Civil e Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (MACKENZIE-SP). Ex-Editor assistente das revistas científicas Prisma Jurídico e Thesis Juris. Advogado em São Paulo. Experiência internacional pela Universidade da Coruña (UDC - Espanha) em Globalización & Empresa: una visión Europea e Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”. Membro Efetivo das Comissões de Infraestrutura/Desenvolvimento e Doutrina da OAB/SP. Pesquisador em Direito e Desenvolvimento; Empresas e Direitos Humanos; Economia e Direito; ASG (ESG). **Email:** [djudler@gmail.com](mailto:djudler@gmail.com). **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5553075811209241>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-6060-1305>.



análise pelo Cade.

**Conclusões:** A política de controle de concentrações brasileira é moderna, desenvolvida e alinhada com as práticas internacionais atuais.

**Palavras-chave:** direito concorrencial; convergência; critérios de notificação; Lei n.º 12.529/2011.

## STRUCTURED ABSTRACT

**Background:** Unilateral decisions of competition authorities on business operations may generate conflicting understandings. Therefore, it is necessary to study ways to settle conflicting understandings in the context of Competition Law.

**Objective:** To verify the possibility of incorporating the concepts of convergence, criteria and international practices on merger notifications into the Brazilian context.

**Method:** Hypothetical-deductive supported by bibliographic and documentary revisional research.

**Results:** The analysis showed that in Brazil, as of Law No. 12,529/2011, inspired by the American and European experiences, addressed points of the merger control regime to align it with the OECD and ICN recommendations - such as the improvement of the substantial test adopted, the adoption of objective notification criteria, and the modification of the timing for submission and analysis by CADE.

**Conclusions:** The Brazilian merger control policy is modern, developed and aligned with current international practices.

**Keywords:** competition law; convergence; notification criteria; Law No. 12.529/2011.

**Código de classificação JEL:** K21

***Sumário:** 1. Introdução; 2. Conflito entre autoridades concorrenciais e a necessidade de convergência; 3. Convergência a partir da ótica concorrencial internacional: as experiências europeia, americana e de organizações internacionais; 4. Convergência no direito concorrencial brasileiro; 5. Critérios de notificação de concentrações previstos nas legislações brasileiras; 5.1. Critério de faturamento e o nexó local; 5.2. Critério de quota de mercado da Lei n.º 8.884/1994; 5.3. Timing da notificação: do controle ex post ao controle ex ante; Conclusão. Referências.*

## 1. INTRODUÇÃO

Em uma economia globalizada e integrada, a complexidade das relações econômicas gera um número grande de fusões e aquisições com características transnacionais, cujos efeitos econômicos irradiam por diversas jurisdições. Surge, assim, um problema relacionado a forma como essas operações são analisadas e os critérios adotados para que sejam aprovadas por cada jurisdição individualmente considerada.

Neste contexto, surgem as seguintes indagações fundamentais: i) se existe a necessidade de uniformização de critérios de análise e aprovação de operações no contexto do direito concorrencial;

ii) caso exista, quais seriam esses critérios e sua extensão; iii) se existe de fato uma governança global no âmbito do direito concorrencial, como as tentativas de uniformização foram recebidas e incorporadas no contexto brasileiro? Assim, a presente investigação tem como escopo analisar a evolução do regime de controle de concentrações brasileiro e a sua tentativa de se adequar a essa tendência uniformizante, a partir de uma análise da experiência americana e europeia sobre o tema. Neste sentido, um dos principais mecanismos de uniformização é a convergência, por meio da qual busca-se a adoção de princípios, regras e padrões para que as análises conduzidas pelas diversas jurisdições sejam minimamente coerentes entre si.

Conforme será explicado, a jurisdição brasileira incorporou normas e práticas com base nas experiências de outras jurisdições, notadamente dos Estados Unidos e da Europa, aceitando ainda recomendações promovidas pela *International Competition Network*<sup>4</sup> e pela *Organisation for Economic Co-Operation and Development*<sup>5</sup>.

O primeiro item deste trabalho examina o problema gerado pela aplicação unilateral do direito da concorrência na análise de fusões e aquisições<sup>6</sup> de dimensão global. É apresentada uma dicotomia entre os dados que demonstram a proliferação de legislações da concorrência pelo mundo, cada uma com suas próprias características, e a ausência de uma regulação global no âmbito do direito da concorrência.

O segundo item apresenta o conceito de convergência, bem como as características e pressupostos associados a este mecanismo, destacando-se os trabalhos conduzidos pela ICN e pela OCDE no intuito de promover maior aderência a padrões similares na análise de atos de concentração entre autoridades de concorrência e jurisdições.

Uma vez examinado o contexto global e a importância de alinhamento entre as políticas de direito da concorrência, segue-se para a análise do controle de concentrações no Brasil, a partir do seu enquadramento histórico e legislativo, para apresentar as duas principais leis do direito concorrencial brasileiro, a Lei n.º 8.884/1994 (BRASIL, 1994), vigente entre 1994 e 2011, e a atual Lei n.º 12.529/2011 (BRASIL, 2011). Explora-se ainda o processo de mudança do método de análise de atos de concentração contrastado com o aplicado em dimensão europeia, que esteve sujeito às influências do direito da concorrência norte-americano.

O quarto item aponta os critérios de notificação previstos na antiga e na atual legislação brasileira e explora os detalhes das implementações das mudanças recomendadas revisões pelos pares conduzidas pela OCDE. Em linhas gerais, seguindo as orientações da ICN e da OCDE sobre o tema, o estabelecimento denexo local foi aprimorado e o critério de notificação fundado em quota de mercado foi eliminado.

Por fim, é verificada a mudança quanto ao momento da notificação estabelecida pela Lei n.º 12.529/2011, que passou a exigir que a submissão do ato de concentração ao Cade fosse prévia à consumação do negócio. As consequências dessa alteração foram percebidas diretamente na cooperação internacional entre o Cade e outras autoridades da concorrência e na forma de adoção de remédios antitruste nas operações que suscitam preocupações concorrenciais. A presente investigação adota o método hipotético-dedutivo apoiado pela pesquisa revisional bibliográfica e documental.

4 Em português, Rede Internacional da Concorrência e, doravante, “ICN”.

5 Em português, Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico e, doravante, “OCDE”.

6 No presente trabalho, utilizar-se-á o termo “fusões e aquisições” para referir-se a todos os tipos de operações empresariais que podem ser objeto de controle por autoridades da concorrência.

## 2. CONFLITO ENTRE AUTORIDADES CONCORRENCIAIS E A NECESSIDADE DE CONVERGÊNCIA

O processo de globalização traz novos modelos de interação social e relações econômicas<sup>7</sup>. A atividade empresarial transnacional, enquanto faceta dessas relações, é facilitada pelos movimentos de integração de mercados a nível global. O direito da concorrência, regulador desta atividade, não está imune aos seus efeitos. No âmbito do controle de estruturas, as autoridades de concorrência podem ser competentes de maneira simultânea para analisar os impactos concorrenciais em seus territórios, abrindo-se assim espaço para interpretações e conclusões divergentes, gerando um problema normativo com consequências econômicas para outras jurisdições.

Há uma frequência cada vez maior de fusões e aquisições transnacionais (cross-border mergers), isto é, operações que, segundo definição de Oliver Budzinski (2008, p. 19), afetam mercados de mais de um país de modo pró ou anticompetitivo.

Segundo o estudo dos economistas Capobianco, Davies e Ennis (2016, p. 3), o aumento de fusões e aquisições transnacionais influenciou a proliferação de legislações concorrenciais ao redor do mundo: no fim da década de 1970, apenas 9 jurisdições possuíam legislação concorcencial; por volta de 1990, ampliou-se para 23; em 2013, mais de 120 países possuíam legislações e, em sua maioria, autoridades da concorrência estabelecidas.

Em geral, tais legislações estabelecem o controle de concentrações entre agentes econômicos. Tal fator, aliado à adoção da teoria dos efeitos<sup>8</sup>, permite que seja reivindicado, simultaneamente, o exercício de competência jurisdicional por diversas autoridades da concorrência (CARVALHO; SILVEIRA, 2013). Vislumbra-se, assim, a relação direta entre o aumento das fusões e aquisições transnacionais e a necessidade de controle por diversas autoridades da concorrência ao redor do mundo.

Entretanto, se, pelo lado dos mercados e negócios, observa-se um direcionamento no sentido da integração e coordenação global, por outro, no que se refere às normas e práticas concorrenciais, salta aos olhos a ausência de leis que regulem o direito da concorrência internacional. Neste sentido, pertinente a observação de David Gerber (2010, p. 3):

*Global markets are not clothed, as local and national markets are, in a fabric of political institutions, laws and cultural understandings of what is permissible economic conduct. In general, the law that are applied to global markets are not themselves global – or even transnational! Instead, the laws of individual states govern global markets. In this legal regime, law does not perform an integrative or embedding function. It often has the opposite effect – it creates borders and concomitant tensions and conflicts (GERBER, 2010, p. 3).*

7 Para fins deste trabalho, considerar-se-á o conceito de processo de globalização proposto por David Held e Anthony McGrew: “[T]he expanding scale, growing magnitude, speeding up and deepening impact of interregional flows and patterns of social interaction. It refers to a shift or transformation in the scale of human social organisation that links distant communities and expands the reach of power relations across the world’s major regions and continents” (HELD, 2003, p. 4).

8 A teoria dos efeitos é uma consequência do desenvolvimento jurisprudencial norte-americano, especificamente no caso Estados Unidos v. Aluminum Co. of America (Alcoa), julgado em 1945. (Estados Unidos v. Aluminum Co. of America, 148, F.2d 416, 443-444, Corte do Segundo Distrito, 1945). Segundo tal teoria, qualquer ato limitador da concorrência, independentemente da localização da empresa que o praticou, está sujeito à regulação pela legislação concorcencial nacional do país em que se verificaram os efeitos do ato, conforme aponta Forgioni (2015), p. 431.

Muito embora os efeitos das fusões e aquisições sejam percebidos em diversas jurisdições, cada uma delas possui um regime próprio de análise. Essa abordagem unilateral do direito da concorrência acarreta significativos riscos, tanto para as partes que visam a concretização do negócio com brevidade, quanto para as autoridades da concorrência que analisam o caso, em especial, diante do risco de decisões divergentes sobre uma mesma concentração.

Para explicar a problemática, recorre-se ao exemplo da tentativa de fusão entre a *General Electric* e a *Honeywell International*, ocorrida em 2001. Apesar da intensa cooperação entre as autoridades durante o período de instrução, a operação foi, simultaneamente, aprovada pelas autoridades dos Estados Unidos (UNITED STATES, 2021) e bloqueada pela Comissão Europeia<sup>9</sup>. Por meio desse exemplo, evidencia-se a possibilidade <sup>10</sup>de entendimentos diversos – e até mesmo conflitantes – entre os diferentes sistemas de controle de concentrações (KAMPOURIDI, 2015, p. 120; ROBERTSON, 2008, p. 165; JANOW; RILL, 2011, p. 23).

Em vista do caráter global das relações empresariais, resta nítido que qualquer proibição unilateral por parte de uma jurisdição inevitavelmente afetará as demais: além de prevalecer a análise mais restritiva do ponto de vista conceitual, este formato confere poder exclusivo para a jurisdição contrária à realização dessas operações, na medida em que permite decisões excessivamente restritivas e a adoção de políticas concorrenciais ambíguas.

Para Kyle Robertson (2008, p. 54), essa possibilidade cria uma situação de *hold-up*, que impõe às empresas uma escolha entre manter o negócio proposto, enfrentando todas as dificuldades, ou desistir dele. Importante sublinhar que a decisão de uma autoridade que impede a concretização de uma fusão prejudica as outras jurisdições que poderiam se beneficiar das eficiências geradas pelo negócio e, a longo prazo, desincentiva a realização dessas operações.

No entanto, é possível vislumbrar uma alternativa: a reconfiguração do negócio para acolher as preocupações de uma ou mais jurisdições, a fim de que não se efetive a concentração no país que impeça a operação e avance nas demais jurisdições – o que, de fato, nem sempre é possível.

A despeito dos efeitos negativos no âmbito econômico, social e reputacional, as autoridades da concorrência, organizações internacionais e os governos passaram a buscar mecanismos que pudessem otimizar a análise de fusões e aquisições internacionais por meio da cooperação, com o objetivo de mitigar o risco de decisões contraditórias, sendo diversas as iniciativas neste sentido<sup>11</sup> (FOX, 2002).

9 Caso COMP/M.2220 General Electric/Honeywell. Importante notar que a Comunidade Europeia manteve o entendimento da Comissão Europeia (CE, 2005).

10 No caso, o principal motivo seria a divergência interpretativa referente aos conceitos de dominância de empresas e de efeitos conglomerados. Isso porque, enquanto para a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça norte-americano (DOJ) os resultados da fusão seriam mais benéficos para consumidores, para a Comissão Europeia (CCE) a fusão acarretaria prejuízos aos concorrentes, levando a uma redução em investimentos futuros e vigor competitivo, em razão da possibilidade de oferta de pacotes de motores e sistemas de aeronaves que os concorrentes não seriam capazes de responder de forma eficaz, de alavancagem da GE do seu domínio em motores de aeronaves em mercados de sistemas aviônicos e não aviônicos, e de que o braço de *leasing* de aeronaves da GE (GECAS) passaria a comprar apenas produtos Honeywell.

11 Desde a criação de uma autoridade da concorrência internacional, que seja competente para analisar e decidir sobre fusões e aquisições globais, até o desenvolvimento de técnicas de cooperação internacional mais acessíveis, como a celebração de acordos bilaterais, multilaterais ou regionais e de convergência de normas e procedimentos.

No entanto, a execução de muitas das propostas é inviabilizada por obstáculos dificilmente superáveis, pois envolvem questões sensíveis, como a relativização de soberania e da competência dos Estados na análise de efeitos locais dessas operações, a conciliação de princípios norteadores da política de concorrência de cada país e o estabelecimento de regras procedimentais e materiais únicas e engessadas a serem seguidas.

Assim, como sugerem Kampouridi (2015, p. 131-132), Jenny (2015, p. 41), Cheng (2012, p. 48-49) e Ezrachi (2006, p. 635), a convergência desponta como a alternativa mais viável para evitar conflitos entre autoridades da concorrência no ramo do controle de concentrações. Uma justificativa plausível para fundamentar esta posição é apontada por Gerber (2010, p. 282), que sinaliza a existência de um movimento que parte de um estado de diferença em direção a um estado de similaridade com aumento de características compartilhadas, paralelo à redução de características não compartilhadas nos regimes de leis de concorrência.

### **3. CONVERGÊNCIA A PARTIR DA ÓTICA CONCORRENCIAL INTERNACIONAL: AS EXPERIÊNCIAS EUROPEIA, AMERICANA E DE ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS**

Por convergência, Hollman e Kovacic (2011, p. 278) entendem a ampla aceitação de padrões relativos à doutrina substantiva e métodos analíticos do direito da concorrência, aos procedimentos de aplicação de comandos substantivos e aos métodos de administração de uma autoridade de concorrência.

O conceito de convergência pressupõe, ainda, a existência de uma referência identificável para a qual as decisões individuais de cada autoridade deverão estar voltadas.

Hollman e Kovacic (2011, p. 279) defendem que a adoção generalizada de práticas superiores melhora o desempenho de jurisdições individuais, de forma a deslocar abordagens mais fracas para mais fortes, bem como, promove a eficácia da política de concorrência como uma forma de empreendimento global, aumentando a capacidade de análise das autoridades da concorrência e incentivando a cooperação transfronteiriça.<sup>12</sup>

Mas, importante destacar que não se tem por objetivo o estabelecimento de políticas e mecanismos de aplicação idênticos e absolutos, na medida em que o direito de concorrência de cada país é único e sua história, condições econômicas, objetivos e valores devem ser respeitados – condições estas reconhecidas por Hollman e Kovacic (2011, p. 229).

No entanto, como nota Gerber (2010, p. 282-287) em razão da imprecisão conceitual da convergência, há uma consequência prática importante sobre a sua implementação, enquanto estratégia. Isto é, a partir de uma noção geral de que a convergência pode ser a base para decisões políticas direcionadas a superar limitações do unilateralismo, assume-se que a melhor estratégia seria o aumento do fluxo de informações e interação entre as autoridades e que a adoção dessa estratégia seria suficiente para promover um processo global espontâneo de adesão.

---

<sup>12</sup> Para tornar o entendimento mais claro, os autores realizam uma analogia interessante: tal processo se assemelha ao processo de evolução da medicina, por meio do qual a ampla aceitação de tratamentos superiores ou técnicas cirúrgicas melhora a qualidade da saúde dentro e entre jurisdições.



Segundo Gerber (2010, p. 282-287), se por um lado essa estratégia desestruturada de convergência possui certo apelo político, na medida em que dispensaria a necessidade de custos, celebração de acordos e assunção de obrigações pelos países, por outro lado, tal característica pode ser prejudicial à própria convergência, pois justamente diante da ausência de obrigatoriedade é que se torna possível não atingir os efeitos globais almejados.

No âmbito da promoção da convergência entre políticas de concorrência, merecem destaque os trabalhos desempenhados pelas organizações internacionais, nomeadamente a ICN e a OCDE no desenvolvimento de experiências comuns e no incentivo para adoção de procedimentos e normas similares por diversas jurisdições no campo do direito da concorrência.

O propósito de criação da ICN foi a busca pela convergência. Desse modo, a ICN foi pensada para ser um meio de contatos regulares de maior alcance para tratamento de questões práticas de concorrência entre autoridades nacionais e multinacionais de concorrência.

A ICN promove conferências, *workshops* e forma grupos de trabalho para discussões de diversos aspectos do direito da concorrência. A partir da obtenção de um consenso, a ICN divulga suas recomendações ou melhores práticas. As autoridades da concorrência, por sua vez, decidem se são cabíveis e como implementá-las. Desta forma, a instituição fornece instrumentos não-vinculativos de convergência (*soft convergence*) entre diferentes políticas nacionais (OLIVEIRA; FUJIWARA, 2006, p. 627). Por não estar vinculado a uma estrutura rígida, o modo de trabalho da ICN permite maior fluidez e rapidez nas trocas de ideias e experiências (GERBER, 2010, p. 115-116).<sup>13</sup>

A OCDE, por sua vez, esteve engajada em diversas tentativas para a criação de uma estrutura multinacional para cooperação e convergência concorrencial voluntária. Por meio do Comitê de Concorrência, dos Grupos de Trabalho e do Fórum Global de Concorrência, a OCDE promove importantes discussões sobre a política concorrencial, elabora guias de melhores práticas não-vinculativos e de recomendações para alinhamento entre as políticas de concorrência entre países membros e não-membros.<sup>14</sup>

Dentre os mecanismos utilizados pelo Comitê de Concorrência da OCDE, desponta a revisão pelos pares (em inglês, *peer review*). Por meio desta técnica, o país: (i) solicita um exame de seus sistemas de concorrência; (ii) elabora um estudo detalhado sobre os textos publicados (estatutos, regulamentos de implementação, decisões, declarações de política, diretrizes); (iii) realiza entrevistas com funcionários da autoridade solicitante e observadores externos à autoridade da concorrência (acadêmicos, associações empresariais, grupos de consumidores, outros órgãos governamentais); (v) ao fim do processo, apresenta-se a revisão por pares em uma das reuniões regulares do Comitê da Concorrência, oportunidade em que é permitida também a formulação de perguntas pelos países membros diretamente aos funcionários da autoridade solicitante (HOLLMAN; KOVACIC, 2011, p. 112-113).<sup>15</sup>

13 No âmbito de sua atuação, cumpre enaltecer alguns dos títulos desenvolvidos sobre concentrações: *Merger Guidelines Workbook*, *Merger Guidelines Report*, *Defining Merger Transactions for Merger Review*, *Setting Notification Thresholds for Merger Review*, *Practical Guide to International Enforcement Cooperation in Mergers*, *Recommended Practices for Merger Analysis* e *Recommended Practices for Merger Notification & Review Procedures*.

14 Informações adicionais sobre o papel da OCDE no âmbito do direito da concorrência estão disponíveis em <https://www.oecd.org/competition/>.

15 Sobre este ponto, interessante notar que a política e legislação concorrencial brasileira já foi objeto de revisão pelos pares em três oportunidades: a primeira, em 2005 (doravante “Revisão pelos Pares de 2005”); em 2010, (doravante “Revisão pelos Pares de 2010” e, conjuntamente com a Revisão pelos Pares de 2005, as “Revisões pelos Pares de 2005 e 2010”) e, recentemente, em 2019, foi publicada uma nova análise sobre a legislação e política de concorrência do Brasil (doravante “Revisão



Para uma avaliação mais adequada sobre o controle de concentrações no Brasil, são necessárias algumas observações sobre a influência exercida pelo direito da concorrência norte-americano no direito da concorrência europeu e o processo de convergência entre os respectivos.

Historicamente, as políticas de defesa da concorrência dos Estados Unidos e da Europa são tidas como referências. Muito de seus fundamentos e conceitos foram trasladados a outras jurisdições para criação ou modificação de legislações de direito de concorrência. Neste diapasão, a política concorrencial brasileira possui elementos de ambos os sistemas.

Em linhas gerais, os modelos dos EUA e da UE tendem a produzir resultados similares. Ambos proíbem cartéis e fusões que resultam em comportamento anticoncorrencial, bem como condutas ou estruturas de fusão exploratórias dos consumidores. Entretanto, há uma incompatibilidade entre os modelos quando analisada a seara de práticas exclusionárias unilaterais (FOX, 2002, p. 459).

Os argumentos da Escola de Chicago que formaram o antitruste dos Estados Unidos também foram recebidos na Europa (GERBER, 2010, p. 194), de forma que o sistema europeu adotou características do sistema norte-americano e passou por transformações significativas.

A introdução do Regulamento n.º 139/2004 no ordenamento europeu foi considerada como um exemplo de convergência entre o direito da concorrência dos Estados Unidos e da Europa (MONTI, 2003). O novo regime europeu aproximou o método de diminuição substancial da concorrência norte-americano (introduzido em 1914 pelo artigo 7º do Clayton Act) e o método de análise de criação ou reforço de posição dominante europeu previsto no Regulamento (CEE) n.º 4064/1989, do Conselho da União Europeia, de 21 de dezembro de 1989 (doravante “Regulamento n.º 4064/1989”).

O artigo 7º do *Clayton Act* proíbe transações que possam ter por efeito uma “redução substancial da concorrência ou tendam a criar um monopólio”<sup>16</sup>. O item 3 do artigo 2º do Regulamento n.º 139/2004, por sua vez, indica que devem ser declaradas incompatíveis com o mercado comum “as concentrações que entrem significativamente uma concorrência efectiva, no mercado comum ou numa parte substancial deste, em particular em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante.”.

Da comparação entre as redações expostas acima denota-se uma convergência textual, visto que o regime europeu de controle de concentrações incorporou um elemento importante da sistemática norte-americana – a significativa redução de concorrência – como um critério substancial de análise, porém sem romper com o padrão vigente de criação ou reforço da posição dominante (SILVA, 2018, p. 1225).

---

pelos Pares de 2019”, e conjuntamente com Revisão pelos Pares de 2005 e Revisão pelos Pares de 2010, as “Revisões pelos Pares de 2005, 2010 e 2019”), como parte do processo para ingresso do Brasil como associado do Comitê de Concorrência da OCDE. Anteriormente, em 2000, a política concorrencial brasileira também havia sido objeto de estudo da OCDE, o que resultou na publicação do “Política de Concorrência e Reforma Regulatória no Brasil: um relatório do progresso” (doravante “Relatório de 2000”). Dada a sua complexidade e relevância para o aperfeiçoamento das práticas e políticas de defesa da concorrência no Brasil, esses relatórios contextualizados a partir de uma perspectiva histórica, apresentada nos tópicos seguintes.

16 No original: *may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly*.

Outros dois pontos sobre a interação entre o direito concorrencial europeu e o norte-americano merecem destaque: em primeiro lugar, os Estados Unidos e a União Europeia, por meio da Comissão Europeia, são protagonistas no que tange aos acordos de cooperação em âmbito concorrencial, dado que figuraram como partes do primeiro acordo celebrado neste sentido, em 23 de setembro de 1991 (UNITED STATES, 1995)<sup>17</sup>. Além disso, essas jurisdições adotaram, em 2002, um guia de melhores práticas para cooperação na instrução de atos de concentração, atualizado em 2011 (US-EU MERGER WORKING GROUP, 2011).

A adoção desse guia contribui para a cooperação e solução de diferenças, estabelecendo uma convergência entre as autoridades envolvidas e o movimento de convergência entre os sistemas da Europa e dos Estados Unidos torna-se um exemplo muito positivo, de modo que essa convergência pode ser expandida e reproduzida pelas demais jurisdições que estejam consolidando o seu sistema de concorrência.

Em 2021, a ICN e OCDE lançaram um primeiro relatório em conjunto sobre cooperação internacional entre autoridades da concorrência, intitulado *Report on International Co-operation in Competition Enforcement*. De acordo esse estudo, houve um aumento na interação entre autoridades nacionais desde 2012, que trouxe benefícios significativos para a cooperação internacional, independentemente da influência e nível de maturidade das respectivas autoridades (OECD; ICN, 2021, p. 20).

#### 4. A CONVERGÊNCIA NO DIREITO CONCORRENCIAL BRASILEIRO

O Brasil é um dos poucos países emergentes que possui legislação concorrencial desde a década de 1960, quando foi criado o Cade<sup>18</sup>. Entretanto, em sua formação embrionária, o Cade integrava o Ministério da Justiça e possuía competência para reprimir abusos do poder econômico.

Durante as décadas de 1980 e 1990, a legislação concorrencial brasileira sofreu alterações<sup>19</sup>, as quais foram insuficientes para consolidar a política e a cultura de concorrência no Brasil, em vista da falta de incentivo governamental. Este cenário foi mudado a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que trouxe novos incentivos à livre iniciativa e à política de concorrência mais efetiva, pela institucionalização da nova ordem econômica. A liberalização da economia brasileira e o esforço do governo em fortalecer a política concorrencial desencadearam elaboração da Lei n.º 8.884/1994, que elevou o patamar do Brasil na esfera concorrencial e o posicionou no contexto internacional de proliferação de legislações concorrenciais durante a década de 1990 (TODOROV; TORRES FILHO, 2012, p. 254).

Em termos substanciais, a principal novidade foi a introdução no regime brasileiro do controle obrigatório de estruturas. Embora a inovação tenha sido muito prestigiada, o sistema apresentava falhas e destoava em muitos aspectos das práticas internacionais.<sup>20</sup>

17 Tal acordo prevê regras específicas de cooperação em vários aspectos para aplicação das respectivas legislações.

18 O Cade foi criado pela Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962.

19 Decreto n.º 92.323, de 23 de janeiro de 1986; Decreto n.º 93.083, de 7 de agosto de 1986; e Lei n.º 8.158/1991, de 8 de janeiro de 1991.

20 A Lei n.º 8.884/1994 foi essencial para o desenvolvimento do Brasil enquanto jurisdição de relevância no âmbito do direito da concorrência. Em termos estruturais, concedeu ao CADE o status de autarquia federal e conferiu ao órgão maior autonomia, atribuindo-se competências para a Secretaria de Direito Econômico (doravante “SDE”), do Ministério da Justiça e para a Secretaria de Acompanhamento Econômico (doravante “SEAE”), do Ministério da Fazenda. Fixou-se a competência do

Posteriormente, as recomendações feitas pela OCDE nas Revisões pelos Pares nos anos de 2005, 2010 e 2000 serviram como indicativo das mudanças que seriam necessárias no regime brasileiro de controle de concentrações para adequação aos padrões internacionalmente reconhecidos como eficientes.<sup>21</sup> Neste diapasão, a adoção da Lei n.º 12.529/2011 modernizou a política concorrencial brasileira ao introduzir uma nova estrutura que atendesse às necessidades de um mundo globalizado, além de remodelar significativamente o controle de estruturas.

A Lei n.º 8.884/1994, apesar de sua relevância histórica, continha limitações técnicas no que tange à análise de fusões e aquisições. Neste ponto, por exemplo, é possível mencionar o controle de concentrações previsto nos artigos 54 e seguintes. A primeira limitação identificada diz respeito à abrangência da regra prevista no *caput* do artigo 54, que determinava a submissão ao Cade<sup>22</sup> de todos os atos que pudessem limitar ou prejudicar a livre concorrência, ou que pudessem resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços. Logo, qualquer ato minimamente restritivo à concorrência, enquadrado nos limiares de notificação previstos na legislação – e não apenas os atos definidos como concentração – seriam objeto de escrutínio pelo Cade<sup>23</sup>.

Para além de tornar o sistema obscuro e sobrecarregar o órgão com análises de operações que tinham pouco ou nenhum efeito sobre o ambiente concorrencial brasileiro, esta regra não estava em consonância com as melhores práticas internacionais, as quais recomendavam a definição clara e expressa dos tipos de operações sujeitas ao controle pela autoridade da concorrência.

Digno de nota que, tanto a OCDE quanto a ICN recomendam que sejam definidos os tipos de operações empresariais incluídos no escopo de controle de concentrações. No intuito de promover a convergência, as jurisdições são aconselhadas a buscar examinar apenas aquelas que resultem em uma combinação durável de empresas (ou ativos) previamente independentes e que essa combinação tenha capacidade de afetar substancialmente a estrutura do mercado (INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, 2018b, p.1-2).<sup>24</sup>

Evidentemente, não se pretende, por meio das referidas recomendações, o estabelecimento de um conceito único de concentração que deverá ser obrigatoriamente adotado por todas as jurisdições que possuam um regime de controle de concentrações, uma vez que tal definição deve estar em consonância com o tamanho e estrutura dos mercados e com o desenvolvimento econômico de cada país – o que, por si só, é um obstáculo à construção de um conceito único (JENNY, 2015, p. 41). No caso brasileiro, as três análises conduzidas pela OCDE nos anos de 2000, 2005 e 2010 Cade para julgamentos os processos administrativos referentes a condutas anticompetitivas e para avaliar atos de concentração submetidos para aprovação. Conjuntamente, SDE, SEAE e Cade formavam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (doravante “SBDC”) e eram encarregados da política de defesa da livre concorrência no Brasil.

21 Muitas dessas mudanças foram introduzidas pela Lei n.º 12.529/2011, que substituiu a Lei n.º 8.884/1994, em 29 de maio de 2012.

22 Sob a vigência da Lei n.º 8.884/1994, os três órgãos do SBDC estavam envolvidos no controle de concentrações no Brasil.

23 Neste sentido, o Guia de Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, de autoria conjunta da SEAE e SDE e publicado por meio da Portaria Conjunta n.º 50, de 1º de agosto de 2001, estipulava que o artigo 54 era aplicável a todo e qualquer tipo de ato ou acordo, tais como acordos explícitos ou tácitos, entre concorrentes do mesmo mercado; *joint-ventures* (que não impliquem a constituição de sociedade sob controle comum); acordos ou contratos de distribuição exclusiva; restrição territorial ou fixação de preços de revenda; ou outros acordos horizontais não classificados como concentração econômica. Entretanto, historicamente, concentrações corresponderam a maior parte dos casos notificados ao Cade, conforme observado pela OCDE no Relatório de 2000. (OECD, 2000).

24 Seguindo essa recomendação à risca, o item 20 do preâmbulo do Regulamento n.º 139/2004 dispõe que “o conceito de concentração deverá ser definido de modo a abranger as operações de que resulte uma alteração duradoura no controle das empresas em causa e, por conseguinte, na estrutura do mercado”.

apontaram que deveriam ser eliminadas as notificações ao CADE de operações que não consistissem em concentrações – e, por consequência, que a legislação deveria ser alterada para incluir o conceito de concentração para fins de controle.

No que tange à avaliação dos efeitos da concentração, o §1º do artigo 54 da Lei n.º 8.884/1994 determinava que o Cade poderia autorizar os atos que atendessem alguma das seguintes condições, desde que cumulada com a distribuição equitativa dos benefícios entre as partes envolvidas e os consumidores: aumento de produtividade, melhoria de qualidade, ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico. Estes critérios são associados àqueles previstos no item 3 do artigo 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante “TFUE”)<sup>25</sup>.

Como é possível observar também a partir do *caput* do artigo 54, há a previsão de que o Cade deveria analisar os atos que pudessem limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência. Apesar de esta disposição ser uma tentativa de adoção do método de diminuição substancial da concorrência norte-americano previsto no artigo 7º do *Clayton Act*, a lei brasileira falhava ao não explicar o significado de redução significativa de concorrência.

Desse modo, o sistema da Lei n.º 8.884/1994 falhava ao não introduzir um método específico para análise de concentrações econômicas (uma vez que todas as disposições legais se referiam aos atos de forma geral), seja o método europeu de reforço ou criação de posição dominante ou o norte-americano de redução substancial de concorrência (BOTTA, 2011, p. 140). Esse ponto também foi questionado pela OCDE nas Revisões dos Pares de 2005 e 2010, que recomendou ao Brasil a alteração legislativa para esclarecimento do padrão por meio do qual a legalidade dos atos de concentração deveria ser avaliada.<sup>26</sup>

A introdução da Lei n.º 12.529/2011 atendeu satisfatoriamente as questões expostas acima. Em primeiro lugar, sanou o problema de ausência de clareza da definição de atos de concentração ao elencar, em seu artigo 90, as hipóteses de concentração que devem ser obrigatoriamente apresentadas ao Cade<sup>27</sup>. Além de conferir maior segurança jurídica aos jurisdicionados, o artigo 90 também endereça as recomendações feitas pela ICN de que as jurisdições devem definir os tipos de operação incluídos no escopo do controle de concentrações, estabelecendo critérios claros e objetivos para tanto (INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, 2018b, p. 6), e bem como da OCDE.

Aliás, a nova lei avança ainda mais no sentido da convergência ao incluir no referido dispositivo hipóteses de concentração similares àquelas elencadas no Regulamento n.º 139/2004<sup>28</sup>. Esse alinhamento foi um passo importante para colocar o Brasil em sintonia com o regime de controle de concentrações da Europa e de diversas outras jurisdições.

O método substantivo utilizado na apreciação das concentrações sofreu mudanças relevantes: diferentemente do que era previsto na Lei n.º 8.884/1994 – uma concentração poderia

25 Antigo artigo 81º do Tratado de Comunidade Europeia.

26 De todo modo, é possível concluir que o sistema de controle de estruturas da Lei n.º 8.884/1994 apresentava similaridades tanto com o sistema dos Estados Unidos quanto com o europeu, o que demonstra uma forma de convergência do sistema brasileiro de controle de estruturas, ainda que incipiente e deficiente, em relação aos dois regimes mais experientes à época.

27 Quais sejam: (i) fusão de duas ou mais empresas anteriormente independentes; (ii) aquisição de controle unitário ou compartilhado, ou partes de uma ou outras empresas; (iii) incorporação de uma empresa por outra; ou (iv) celebração de contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

28 E.g. notificação obrigatória de fusões de empresas anteriormente independentes, aquisição de controle e constituição de *joint venture*.

ser bloqueada se limitasse a livre concorrência ou se resultasse na dominação do mercado relevante, sendo a dominância associada ao critério fixo de 20% de participação de mercado, ainda que não fosse possível a tais empresas impor preços no mercado –, a Lei n.º 12.529/2011,<sup>29</sup> de forma mais objetiva, apresenta uma forma de avaliação empírica da dominância e busca analisar se a empresa é capaz de alterar as condições de mercado (RIBEIRO, 2016, p. 207-208).

Ainda nesta temática, importa destacar as semelhanças entre as condições para aprovação de concentrações na Lei n.º 12.529/2011 e no Regulamento n.º 139/2004. Assim como o regime europeu de controle de concentrações, o regime brasileiro passou pelo processo de aproximação ao critério norte-americano de análise de redução substancial de concorrência, de modo que o §5º do artigo 88 da Lei n.º 12.529/2011 estabelece que serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços.

A autorização das concentrações proibidas pela regra supramencionada pode ocorrer diante da melhora de qualidade ou a propiciação de eficiências e desenvolvimento tecnológico ou econômico como condições para aprovação de um ato de concentração, desde que qualquer hipótese seja cumulada com o repasse de parte relevante dos benefícios aos consumidores<sup>30</sup>.

É possível notar, ainda, segundo entendimento de César Mattos (2018, p. 50-52), que a Lei n.º 12.529/2011 afasta-se ligeiramente da concepção consumerista da legislação anterior, que impunha a distribuição equitativa dos benefícios entre partes envolvidas e consumidores, e entende ser suficiente o repasse aos consumidores de uma parte relevante dos benefícios decorrentes do ato de concentração.

## **5. CRITÉRIOS DE NOTIFICAÇÃO DE CONCENTRAÇÕES PREVISTOS NAS LEGISLAÇÕES BRASILEIRAS**

Sob a égide da Lei n.º 8.884/1994, os critérios específicos para notificação mandatória das concentrações econômicas eram elencados no §3º do artigo 54<sup>31</sup>: qualquer fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercício de controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que resultasse em participação superior a 20% em determinado mercado relevante, ou quando algum participante tivesse obtido faturamento bruto igual ou superior a R\$ 400 milhões no ano anterior à operação. As críticas apontadas a tais critérios serão abordadas a seguir.

### **5.1 Critério de Faturamento e o nexa local**

Sob a Lei nº 8.884/1994, uma das hipóteses de notificação obrigatória de atos de concentração incidia quando qualquer das partes da operação tivesse registrado faturamento bruto anual equivalente a R\$ 400 milhões. Em linhas gerais, o principal problema decorrente desta previsão era

29 O §2º do artigo 36 da Lei n.º 12.529/2011 estabelece que a posição dominante é presumida quando um agente ou grupo de agentes é capaz de alterar as condições do mercado, unilateral ou coordenadamente, ou quando controlar 20% ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia (BRASIL, 2011).

30 §6º do artigo 88 da Lei n.º 12.529/2011 (BRASIL, 2011).

31 Conforme alteração pela Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000.

a falta de nexos entre a operação objeto de notificação e o exame pelo Cade.

Por muito tempo, interpretou-se a regra de forma a considerar o faturamento registrado no mundo por qualquer das partes envolvidas na concentração. Desse modo, qualquer empresa (ou grupo econômico) que tivesse registrado faturamento mínimo de R\$ 400 milhões no ano anterior à concentração, independentemente de aferição em território nacional, era obrigada a submeter notificação ao Cade, ainda que os efeitos no mercado brasileiro fossem indiretos.

Ao fundamentar a interpretação no faturamento global, a legislação não contemplava nexos suficientes entre a concentração e a competência pelo Cade para apreciação desta. Por ser incompatível com as recomendações da OCDE e da ICN sobre o tema, o uso do critério de faturamento global pelo Cade foi criticado pela OCDE, que recomendou a alteração do critério para limitá-lo ao faturamento registrado apenas no Brasil (OECD, 2000, p. 132).

A OCDE indica que devem ser evitadas imposições de ônus desnecessários às partes envolvidas na concentração e a terceiros, sendo uma dessas formas, a exigência de nexos apropriados entre concentração e jurisdição para afirmação de competência para apreciação (OECD, 2005, p. 10). A ICN, por sua vez, desenvolve os preceitos da OCDE e recomenda que os critérios que determinam a obrigatoriedade de notificação devem ter elementos que conectem significativamente e economicamente a operação e a jurisdição revisora, a exemplo do uso de vendas ou ativos locais. Ademais, prescreve que uma das formas de se estabelecer tal nexos leva em conta as atividades desenvolvidas em território nacional por pelo menos duas partes envolvidas na operação (INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, 2018b, p. 4).

Em resposta à OCDE e seguindo o direcionamento da ICN, o Cade, em 2005, revisou sua jurisprudência a respeito do faturamento utilizado para fins de obrigatoriedade de notificação de atos de concentração e passou a considerar o faturamento bruto anual registrado exclusivamente no território brasileiro pelas empresas ou grupos de empresas envolvidas no ato de concentração (BRASIL, 2005, p. 7). Essa alteração, contudo, não foi incluída imediatamente na legislação em vigor à época, o que foi percebido pela OCDE, que por sua vez recomendou a alteração legislativa (2005, p. 114).

Muito embora a mudança de interpretação pelo Cade tenha aprimorado a questão do nexos local ao delimitar o faturamento das partes ao registrado no Brasil, a obrigatoriedade de notificação incidia ainda que somente uma das partes acionasse o critério de faturamento. As análises conduzidas pela OCDE sobre a política concorrencial brasileira foram unânimes ao recomendar a alteração do regime de controle de concentrações para estabelecer critérios de notificação com base no faturamento nacional tanto da maior quanto da menor empresa envolvida na operação, no intuito de se caracterizar um nexos apropriado para avaliação da concentração pelo Cade em 2000, em consonância com as recomendações da ICN e da OCDE anteriormente indicadas.

A partir dessas recomendações é que a modernização da política de defesa brasileira contemplada na Lei n.º 12.529/2011 foi capaz de solucionar esta fragilidade ao impor o critério de faturamento a pelo menos duas das partes envolvidas em uma operação, como critério de avaliação quanto à necessidade de submissão da concentração ao Cade. Assim, o seu artigo 88 elenca, como um dos critérios de notificação mandatória, que os grupos econômicos das empresas envolvidas na operação devem ter registrado faturamento bruto anual no Brasil, no ano anterior à operação, de





pelo menos R\$ 750 milhões, de um lado, e R\$ 75 milhões de outro<sup>32</sup>.

O novo critério de faturamento trouxe consequências valiosas para o controle de concentrações. Em primeiro lugar, verificou-se a otimização da atuação da autoridade e direcionamento de recursos para os casos que tinham o condão efetivo ou potencial de afetar o mercado brasileiro. A consequência imediata foi a dispensa de notificação de operações concorrencialmente irrelevantes para o mercado brasileiro, a redução do número de concentrações apresentadas e a diminuição do prazo de revisão e conclusão dos casos.

Além disso, ao vincular a obrigatoriedade da notificação ao faturamento das partes no Brasil - enquanto um critério objetivamente quantificável - a política brasileira deu um importante passo na direção da convergência de critérios de notificação entre jurisdições pelo mundo.

Assim como o Brasil, diversos membros da OCDE (31 países em 2013) foram influenciados pelas recomendações da OCDE e da ICN, e adotaram faturamentos ou valores de ativos no mercado doméstico de uma ou mais das empresas envolvidas na concentração como critério de notificação, com o propósito de fortalecer o nexo local (OECD, 2013, p. 6). Nessa esteira, cumpre mencionar que a recente Revisão pelos Pares de 2019 (OECD, 2019, p. 17) propõe adoção de patamares mais elevados de faturamento das partes, com o objetivo de reduzir o número de notificações atualmente elevado de operações que não suscitam preocupações concorrenciais.

## **5.2 Critério de quota de mercado da Lei n.º 8.884/1994**

Além do critério de faturamento, a Lei n.º 8.884/1994 também previa notificações obrigatórias com base em quota de mercado (i.e., no caso de a concentração resultante ser superior a 20% do mercado relevante). A inclusão deste parâmetro revela duas preocupações do legislador: (i) a possibilidade de concentração de mercado e o conseqüente exercício ou aumento abusivo de poder de mercado e (ii) a presunção relativa de que a detenção de 20% de quota de mercado seria suficiente para configurar poder de mercado (ZANCHETTA, 2018, p. 78-79).

Ao incluir a participação de mercado como critério de notificação, a legislação brasileira delegava às partes da concentração, em etapa anterior à notificação, a árdua tarefa de definir o(s) mercado(s) relevante(s) afetado(s) e aferir participações de mercado das empresas. Em momento posterior e já durante a etapa de instrução, o Cade revisitava a definição de mercado, podendo ou não concordar com a apresentada pelas partes, e analisava o nível de concentração de mercado a partir das quotas de mercado detidas pelas partes e respectivos concorrentes, podendo o exame seguir as etapas seguintes indicadas no Guia de Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal de 2001 (CADE, 2001).

Em primeiro lugar, o que se observa era a execução do trabalho de definição de mercado relevante e aferição de participação de mercado em duplicidade: primeiro pelas partes e, posteriormente, pelo Cade, incorrendo em maiores custos e em maior tempo de análise. Além disso, o trabalho realizado pelas partes não era destinado à análise substantiva dos efeitos concorrenciais da concentração no mercado, mas apenas para verificar se a operação era de apreciação obrigatória pelo Cade. Em segundo lugar, o uso de quota de mercado como critério de notificação não estava de

<sup>32</sup> Os valores originalmente previstos na Lei n.º 12.529/2011 eram de R\$ 400 milhões e R\$ 30 milhões, mas foram atualizados pela Portaria Interministerial 994/2012, nos termos do artigo 88, §1º.

acordo com os princípios acordados pela comunidade antitruste internacional de que os requisitos de notificação devem ser objetivamente quantificáveis.

A ICN entende que um sistema de notificação obrigatória baseado em quotas de mercado impõe diversas dificuldades e custos na análise das concentrações, além da incerteza e possíveis atrasos causados pela falta de objetividade do parâmetro. Segundo a ICN, critérios baseados em quotas de mercado não são objetivos e não devem ser utilizados como limiar para obrigatoriedade da notificação (INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, 2008, p. 10), na medida em que a definição de mercado relevante está sujeita a diversas divergências entre partes e autoridades da concorrência. Em consonância com a ICN, a Revisão pelos Pares de 2005 e a Revisão pelos Pares de 2010, reforçando a observação já feita no Relatório de 2000, recomendaram a alteração da legislação brasileira no sentido de eliminar o critério de notificação com base em quota de mercado.

O novo regime de controle de concentrações instituído pela Lei n.º 12.529/2011 eliminou a exigência de submissão de atos de concentração fundada no critério de quota de mercado. A mudança de paradigma consistente na substituição de um critério dotado de características subjetivas por um critério objetivamente quantificável e acessível (faturamento registrado por ambas as partes no Brasil) foi importante para o reconhecimento do Brasil como uma jurisdição atenta aos princípios de convergência estabelecidos pela OCDE e pela ICN e com intenção de alinhar a política nacional às melhores práticas internacionais.

Outro efeito da supressão do critério da quota de mercado foi o deslocamento da etapa de definição de mercado para o momento posterior à notificação e como parte das etapas percorridas pelo Cade na análise concorrencial, o que parece ser mais adequado às recomendações internacionais e demais sistemas de controle de concentração.

A título complementar, nota-se uma crítica relacionada à eliminação do critério de quota de mercado: Roberto Taufick (2017, p. 550) ensina que contar exclusivamente com o critério duplo de faturamento incorre no risco de se permitir que operações com efeitos anticompetitivos não sejam notificadas, já que nem sempre é assertiva a presunção de que somente as empresas com faturamentos expressivos possuem poder de mercado.

Exemplo disso são as fusões e aquisições ocorridas nos mercados digitais, que podem escapar à análise pelas autoridades da concorrência por não atingirem os limiares mínimos de faturamento, como ocorreu na aquisição do *WhatsApp* pelo *Facebook*<sup>33</sup>, uma vez que o *WhatsApp* não registrou faturamento suficiente para atingir a obrigatoriedade da notificação, muito embora o vultoso valor na ordem de USD 19 bilhões tenha saltado aos olhos do mercado. Apesar de não atingir os critérios de faturamento, a aquisição foi submetida à análise pela Comissão Europeia por decorrência do princípio do balcão único, pois atingia critérios de notificação com base em quotas de mercado previstos nas legislações de Portugal e Espanha e no critério de *share of supply* do Reino Unido (SILVA, 2018, p. 1187-1188; VISSER, 2017, p. 32; ARRUDA, PINEDO; MONDECK, 2018, p. 46-47).

A discussão suscitou pronunciamentos de Margrethe Vestager, então comissária responsável pela política de concorrência da Comissão Europeia, no sentido de que eram necessários estudos que analisassem a necessidade de eventuais alterações do regime europeu para que pudesse capturar fusões e aquisições realizadas nos mercados digitais, enfatizando que nem sempre o que importa numa transação é o faturamento da empresa-alvo, principalmente em um mundo que hoje lida com

33 Decisão da Comissão Europeia, 3.10.2014, M.7217 - Facebook/WhatsApp.



ativos intangíveis, como dados pessoais de clientes (VESTAGER, 2016, p. 4)<sup>34</sup>.

A discussão sobre a suficiência dos critérios de notificação para operações nos mercados digitais também chegou no Brasil. Por ora, conforme opinião do Cade (2019), dispensam-se adaptações legislativas, na medida em que se permite ao Cade a submissão de qualquer operação, ainda que não seja uma concentração econômica ou que não atinja os critérios de faturamento, no prazo de um ano a partir da consumação do negócio<sup>35</sup>. Essa previsão permite a revisão de qualquer operação que possa vir a prejudicar o mercado.

O fato de contar com a mencionada cláusula guarda-chuva não afasta o Cade das discussões sobre a temática. A questão sobre alteração das legislações concorrenciais para abarcar fusões e aquisições nos mercados digitais foi colocada em pauta por Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul. Possível perceber que esse tema tende a ser objeto de discussões futuras sobre direito da concorrência e economias digitais. Diante do protagonismo assumido, há razões para acreditar que o Brasil participará ativamente nos debates que virão.

Por ora, fica o questionamento sobre qual será o posicionamento do Brasil diante da recomendação feita na Revisão pelos Pares de 2019, segundo a qual o Brasil deveria estudar a introdução de um novo critério de notificação baseado no valor dos ativos envolvidos na operação – seguindo diversos países membros da OCDE – no intuito de adequar o regime aos desafios impostos pelos mercados digitais (OECD, 2019).

### 5.3 Timing da notificação: do controle ex post ao controle ex ante

Com relação ao prazo para notificação, o regime da Lei n.º 8.884/1994 exigia a apresentação de concentrações previamente ou em até 15 dias úteis após a realização da operação, sob pena de multa por intempestividade da notificação<sup>36</sup>. Assim, o negócio poderia ser inteiramente consumado<sup>37</sup> antes da avaliação concorrencial dos efeitos pelo Cade.

O Brasil era uma das poucas jurisdições que adotava o sistema de notificação a posteriori, que carecia de efetividade por diversos motivos, dentre os quais: a) longa duração da tramitação dos atos de concentração (OECD, 2010, p. 8); b) falta de consequências para o não cumprimento do prazo de 30 dias para a SDE quanto para a SEAE para emissão de seus respectivos pareceres; c) falta de incentivo às partes para acelerar o processo e prestar de imediato todas as informações necessárias para a análise.

O sistema afastava do Cade a liberdade de tomar decisões desfavoráveis à concentração, como o bloqueio total ou a imposição de remédios restritivos, diante dos elevados custos sociais que poderiam resultar de tais atos (FORGIONI, 2010, p. 442). O desfazimento de uma operação que não era aprovada ou a imposição de desinvestimentos ao negócio já integrado configuravam tarefas

34 A situação criada também incentivou a alteração dos critérios de notificação previstos nas leis da Alemanha e da Áustria para capturar fusões e aquisições que antes não se enquadravam nos critérios de análise das referidas jurisdições. Ambas passaram a contar com o critério de *size-of-transaction*, muito difundido pelo direito antitruste norte-americano. Assim, as operações empresariais cujos valores superem EUR 400 milhões, no caso alemão, e EUR 200 milhões, na Áustria, devem ser notificados às autoridades de concorrência.

35 §7º do artigo 88, da Lei n.º 12.529/2011.

36 §§4º e 5º do artigo 54, da Lei n.º 8.884/1994.

37 E.g: integração das empresas, sistemas e departamentos, venda de ativos, ingerência direta de uma parte sobre a outra, entre outros atos.

demasiadamente complexas e que afetavam diversas esferas. A aquisição da Chocolates Garoto S/A pela Nestlé do Brasil Ltda<sup>38</sup> (BRASIL, 2004) exemplifica esse problema: a operação foi notificada ao Cade em 2002, sem que houvesse decisão de veto, em razão da incidência de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO), ocorrida dois anos após a notificação. As discussões e tentativas de solução do caso estendem-se até os dias atuais (DANTAS, 2016, p. 1; FUSÃO, 2018).

A dificuldade relacionada ao desfazimento de uma concentração já consumada parece justificar as apenas nove decisões de rejeição ou veto de atos de concentração<sup>39</sup> durante os quase 18 anos de vigência da Lei n.º 8.884/1994, muito embora o Cade defenda que o reduzido número decorra de sua preferência pela adoção de remédios que preservariam os ganhos de eficiência e economias de escala decorrentes das operações. A adoção de um número maior de remédios comportamentais do que estruturais durante a vigência da Lei n.º 8.884/1994 (e.g., entre 2007 e 2008, foram impostos 18 remédios comportamentais e 12 remédios estruturais) também é colocada como um efeito da complexidade relacionada ao desfazimento da integração dos negócios (OECD, 2010, p. 10).

Nesse sentido, apesar de a experiência em outros países indicar que as restrições estruturais seriam mais eficazes do que as comportamentais, pelo menos nos casos de concentrações horizontais (JENNY, 2015, p. 41), o Cade, diante de dois atos de concentração paradigmas e dotados de complexidades únicas – casos Colgate/Kolynos (BRASIL, 1996) e AmBev (BRASIL, 2000, p. 5) – ambos resultando em elevados níveis de concentração de mercado, aprovou as concentrações com pontuais restrições de natureza comportamental e, especificamente no caso AmBev, limitado desinvestimento (TODOROV; TORRES FILHO, 2012, p. 254-255; OECD, 2000).

A Lei n.º 12.529/2011 transformou profundamente o timing das notificações ao instituir o regime de análise prévia de atos de concentração, o que tinha sido recomendado pela OCDE. Com efeito, a aprovação do Cade passou a ser condição para consumação dos atos de concentração, de forma que o fechamento antecipado sujeita as partes à prática de gun jumping e consequente imposição de multa entre R\$ 60 mil e R\$ 60 milhões, além de outras punições também previstas no §3º do artigo 88 da Lei n.º 12.529/2011<sup>40</sup>.

A União Europeia e os Estados Unidos também adotam o sistema de controle prévio dos atos de concentração. O antitruste norte-americano é o precursor dessa forma de análise, instituída em 1976 pelo Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act e que deu origem ao federal premerger notification program. Já a adoção da análise prévia na Europa é mais recente – foi instituído apenas em 2004, pelo Regulamento n.º 139/2004 – antes disso, a notificação poderia ser apresentada em até sete dias após a concretização da operação (ROQUE, 2012, p. 91-92).

A introdução do regime de análise prévia no Brasil resultou na significativa redução do tempo médio de análise dos atos de concentração. Essa conquista se deve, primordialmente, a três fatores:

38 Caso Nestlé/Garoto (Ato de Concentração n.º 08012.001697/2002-89).

39 Considerando casos julgados entre 1994 e 2011, visto que a Lei n.º 12.529/2011 entrou em vigor em 29 de maio de 2012, temos os seguintes casos julgados: Albarus/Rockwell do Brasil (Ato de Concentração n.º 1/1994), Eternit/Brasilit (Ato de Concentração n.º 6/1994), Grupo Gerdau/Korf (Ato de Concentração n.º 16/1994), Usina Nova América (Ato de Concentração n.º 08012.004117/1999-67), Brasil Álcool e Bolsa do Álcool (Ato de Concentração n.º 08012.002315/99-50), Nestlé/Garoto (Ato de Concentração n.º 08012.001697/2002-89), Saint-Gobain/Owens Corning (Ato de Concentração n.º 08012.001885/2007-1), Unimed Santa Maria/Hospital de Caridade Dr. Astrogildo de Azevedo (Ato de Concentração n.º 08012.008853/2008-2) e Polimix/Cimento Tupi (Ato de Concentração n.º 08012.002467/2008-22).

40 Por exemplo, o Cade poderá declarar o ato nulo e instaurar processo administrativo para apuração das condutas das partes.

(i) à diminuição de atos de concentração submetidos ao Cade, devido à previsão de critérios de notificação mais específicos e concisos; (ii) à condução de uma análise mais qualificada pelo Cade, resultado da expertise adquirida ao longo dos anos; e (iii) à previsão legal quanto à duração máxima da tramitação de um processo de ato de concentração no Cade<sup>41</sup>.

A exigência de aprovação prévia também fomentou o interesse das partes do ato de concentração em prontamente fornecer todas as informações necessárias para avaliação concorrencial do caso. Passou-se, portanto, de um cenário em que as partes tentavam postergar o controle estrutural ao máximo, ao cenário em que o fornecimento de informações completas significa maior celeridade na análise e aprovação do ato de concentração.

A despeito da aplicação de remédios, a nova estrutura possibilitou ao Cade priorizar a adoção de remédios estruturais nas concentrações que apresentam problemas concorrenciais, uma vez que a opção de desinvestimento passou a ser mais factível. Os remédios comportamentais passaram a ser aplicados de forma remanescente, devendo ser utilizados na ausência de efetividade do remédio estrutural (CADE, 2018).

O Guia de Remédios lançado pelo Cade em 2018 ressalta a necessidade de interação entre o Cade e autoridades da concorrência internacionais na definição de remédios ao lidarem com atos de concentração globais com efeitos negativos em múltiplas jurisdições. Aliás, é reconhecida a possibilidade de adoção dos mesmos remédios já aplicados por outras autoridades, desde que mantidas as obrigações a respeito do território brasileiro (CADE, 2018). Assim, o Brasil aproxima-se das outras jurisdições ao adotar remédios estruturais mais efetivos e com menores custos de monitoramento, fortalecendo a cooperação internacional.<sup>42</sup>

A exemplo do que ocorre nos Estados Unidos, a Lei n.º 12.529/2011<sup>43</sup> prevê um período de espera (em inglês, *waiting period*) após a aprovação do ato de concentração, durante o qual a operação não pode ser implementada. No caso brasileiro, dentro do prazo de 15 após a decisão de aprovação do ato de concentração pela Superintendência-Geral do Cade, terceiros interessados podem recorrer ao Tribunal Administrativo, ou o próprio Tribunal Administrativo pode avocar o caso para uma análise complementar.

## 6. CONCLUSÃO

Em que pese inexistir um sistema internacional unificado, muitas foram as propostas para atendimento da necessidade de uniformização. Desde as tentativas de negociações multilaterais, no âmbito da Carta de Havana de 1948, até propostas mais recentes nas décadas de 1990 e 2000, nenhuma prosperou. Todas esbarravam em questões relacionados a poder de decisão e soberania.

<sup>41</sup> No que tange ao item (iii) acima, o parágrafo §52º e 9º do artigo 88 prescreve que o controle dos atos de concentração deverá ser realizado no prazo de 240 dias, contados do protocolo da notificação ou de sua emenda, prorrogáveis uma única vez por 60 dias, a pedido das partes, ou por 90 dias, por meio de decisão fundamentada do Tribunal Administrativo (CARVALHO; LIMA, 2012). Assim, o período máximo para apreciação dos atos de concentração é de 330 dias. Em caso de não cumprimento deste prazo, o ato de concentração é tacitamente aprovado, nos termos do artigo 132 do Regimento Interno do Cade.

<sup>42</sup> Digno de nota a ponderação feita pelo Conselheiro Paulo Burnier, na ocasião do julgamento da aquisição global da Monsanto Company pela Bayer Aktiengesellschaft sobre a cooperação internacional a nível da negociação de remédios: “A cooperação internacional é, assim, um mecanismo-chave para a produção de remédios eficientes (custo), eficazes (resultado) e efetivos (impacto) no controle de fusões internacionais” (BRASIL, 2018, p. 10).

<sup>43</sup> Artigo 65, da Lei n.º 12.529/2011 (BRASIL, 2011).

Diante de uma necessidade de uniformização das formas e dos critérios para análise de operações transnacionais, a aplicação unilateral do direito da concorrência nacional perde espaço. Novos mecanismos de governança global ganham relevância. A tendência atual se direciona para a elaboração de critérios e formas de avaliação mais ou menos comuns e flexíveis, a partir das experiências de países cujo direito concorrencial já se encontra bem consolidado. Essas experiências são gradativamente incorporadas pelas demais jurisdições, auxiliadas por associações e organismos internacionais, como a ICN e a OCDE.

Há evidência de que o Brasil está cada vez mais imerso nessa tendência uniformizadora, especialmente a partir da promulgação da Lei n.º 12.529/2011, que incorporou as recomendações feitas pela OCDE no âmbito das Revisões pelos Pares de 2005 e 2010. O grande avanço foi o estabelecimento de critérios mais objetivos sobre o método aplicável na análise dos efeitos da concentração, de modo a limitar o alcance das concentrações sujeitas a controle e definir as espécies de operações empresariais. Dessa forma, proibiu-se a realização de atos que impliquem eliminação substancial de concorrência em mercado relevante, que possam criar ou reforçar posição dominante ou dominação de mercado.

Pela análise do texto legal, conjugado com o histórico de influência da legislação concorrencial europeia, possível concluir que o método para análise de concentrações adotado pela Lei n.º 12.529/2011 brasileira converge com o Regulamento n.º 139/2004 europeu. Ressalta-se que o novo método europeu é resultado de um processo de convergência com o critério de redução significativa de concorrência dos Estados Unidos. Neste sentido, o método de análise atualmente conduzido pelo Cade é resultado de incorporação da convergência.

Reconheceu-se a eficiência do método de análise utilizado na Europa e a sua possibilidade de adaptação à realidade brasileira, inclusive como consequência da implementação descentralizada de processos e padrões substantivos que possam resolver problemas concorrenciais específicos.

Os aspectos formais do sistema brasileiro de controle de concentrações também foram profundamente alterados. Para assentar a questão do nexu local, passou-se a exigir a obrigatoriedade de notificação quando o critério de faturamento for acionado por pelo menos duas partes da operação. Dessa forma, evita-se a notificação de operações que não afetam significativamente o mercado nacional. Além disso, eliminou-se o critério subjetivo de notificação fundamentado em quota de mercado, optando-se pelo critério objetivo baseado no faturamento das partes. Ambas as alterações foram recomendadas nas Revisões pelos Pares de 2005 e 2010 e alinhadas com guias de melhores práticas da ICN e da OCDE.

Outra modificação de relevo foi a adoção da notificação prévia à consumação da operação. Além dos benefícios consistentes na diminuição do tempo de análise dos casos, a notificação *ex ante* permitiu ao Cade maior aderência aos remédios estruturais, em conformidade com o padrão internacional. Permitiu-se ainda a análise de operações simultâneas pelas autoridades de outras jurisdições, de modo a estreitar as relações entre o Cade e autoridades internacionais.

O arcabouço histórico explorado neste trabalho demonstra a evolução do regime de concentrações brasileiro no sentido de se adequar às práticas promovidas por organizações, associações e por autoridades da concorrência internacionalmente relevantes, como *FTC*, *DOJ* e *Comissão Europeia*. Atualmente, o Cade exerce papel de relevância entre as autoridades de concorrência da América Latina, cujo pioneirismo serviu como referência para alterações nas





legislações de concorrência da Argentina e a introdução do regime de controle de concentrações no Peru.

O empenho do Brasil na promoção de cooperação internacional foi reconhecido pela Revisão pelos Pares de 2019. A análise também destacou a participação do Brasil em fóruns de concorrência internacional e nos grupos de trabalho da ICN, além de ressaltar o grande número de atos de concentrações globais em que houve cooperação entre o Cade e outras autoridades (OECD, 2019). A aprovação do Brasil como membro permanente do Comitê de Concorrência da OCDE deverá contribuir para o fortalecimento de sua posição no cenário internacional do direito da concorrência. Em vista da evolução apresentada pelo Brasil no campo do controle de concentrações, pode-se afirmar que se trata de um exemplo de sucesso de convergência.

## REFERÊNCIAS

ARRUDA, Vivian Anne Fraga do Nascimento; PINEDO, Paula; MONDECK, Luísa Pereira. Antitrust law & innovation: digital markets involving disruptive technology and antitrust analysis. In: MACEDO, Agnes et al (org.). **Mulheres no Antitruste**. São Paulo: Singular, 2018. p. 34-47. Disponível em: <https://bit.ly/3vcdoXw>. Acesso em: 06 fev. 2022.

BOTTA, Marco. **Merger control regimes in emerging economies: a case study on Brazil and Argentina**. Alphen Aan Den Rijn: Kluwer Law International, 2011.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **BRICS in the Digital Economy: Competition Policy in Practice**. [S. l.: s. n. ], 2019. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/brics-in-the-digital-economy/brics-digital-economy-cade.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília: CADE, 2016. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf/view](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf/view). Acesso em: 06 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Guia de Remédios Antitruste**. Brasília: CADE, 2018. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/copy\\_of\\_GuiaRemd](http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemd). Acesso em: 06 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração n.º 0027/1995. K e S Aquisições Ltda. e Kolinos do Brasil S.A.** Relatora: Conselheira Lucia Helena Salgado. Brasília, DF, 18 de setembro de 1996. Diário Oficial da União. Brasília, 27 set. 1999.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração n.º 08012.005846/1999-12.** Companhia Antarctica Paulista Indústria Brasileira de Bebidas e Conexos. Companhia Cervejaria Brahma. Relatora: Conselheira Hebe Romano. Brasília, DF, 3 de março de 2000. Diário Oficial da União. Brasília, 11 abr. 2000.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração n.º 08012.001697/2002-89.** Nestlé Brasil Ltda. Chocolates Garoto S.A. Relator: Conselheiro Thompson Almeida Andrade. Brasília, DF, 4 de fevereiro de 2004. Diário Oficial da União. Brasília, 10 fev. 2004.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração n.º 08012.002992/2004-**

14. Krone Internacional Holding, Inc. ADC Telecommunications, Inc. Relator: Conselheiro Roberto Augusto Pfeiffer. Brasília, DF, 19 de janeiro de 2005. Diário Oficial da União. Brasília, 24 fev. 2005.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração n.º 08700.001097/2017-49**. Bayer Aktiengesellschaft. Monsanto Company. Relator: Conselheiro Paulo Burnier. Brasília, DF, 7 de fevereiro de 2018. Diário Oficial da União. Brasília, 16 fev. 2018. Voto do Conselheiro-Relator. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPgktJiAjvbD7pLY4\\_HQMtl-Q84uZ-Qlms8xziOzDMI6nMzuTq\\_SfG0jBqkOgplCgToWlJc8G1\\_V0lkc\\_9wr0U](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPgktJiAjvbD7pLY4_HQMtl-Q84uZ-Qlms8xziOzDMI6nMzuTq_SfG0jBqkOgplCgToWlJc8G1_V0lkc_9wr0U). Acesso em: 06 fev. 2022.

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. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 13 jun. 1994. Seção 1, p. 8437.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. 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. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1 dez. 2011. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1 de agosto de 2001**. Brasília: Ministério da Fazenda, 2001. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/2001portariaconjunta50-1\\_guia\\_para\\_analise\\_economica\\_de\\_atos\\_de\\_concentracao.pdf/view](http://www.cade.gov.br/assuntos/normas-e-legislacao/portarias/2001portariaconjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf/view). Acesso em: 06 fev. 2022.

BUDZINSKI, Oliver. **The governance of global competition**: competence allocation in international competition policy. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2008.

CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiano Nogueira da Cruz. A nova lei de defesa da concorrência brasileira: comentários sob uma perspectiva histórico-institucional. **Publicações da Escola da AGU**: a nova lei do CADE, Brasília, n. 19, p. 7-34, jul. 2012. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/issue/view/74>. Acesso em: 06 fev. 2022.

CARVALHO, Vinicius Marques de; SILVEIRA, Paulo Burnier da. A cooperação internacional na defesa da concorrência. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 1, 2013, p. 97-103. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/viewFile/2420/pdf>. Acesso em: 06 fev. 2022.

CHENG, Thomas K. Convergence and its discontents: a reconsideration of the merits of convergence of global competition law. **Chicago Journal of International Law**, Chicago, v. 12, n. 2, p. 433-490, 2012. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol12/iss2/4>. Acesso em: 06 fev. 2022.

COMUNIDADE EUROPEIA (CE). **Processo T210/01:General Electric Company Contra Comissão das Comunidades Europeias**. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção alargada) de 14 de Dezembro de 2005. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62001TJ0210>. Acesso em: 21 abr. 2022.

COMUNIDADE EUROPEIA (CE). **Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004**, relativo ao controlo das concentrações de empresas, J.O. L 24, de 29.1.2004.

DANTAS, Iuri. Com nova proposta, Cade volta a julgar Nestlé-Garoto 12 anos depois de reprovar operação.



**Jota**, 20 maio 2016. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/com-nova-proposta-cade-volta-julgar-nestle-garoto-12-anos-depois-de-reprovar-operacao-20052016>. Acesso em: 06 fev. 2022.

DAVIES, John; CAPOBIANCO, Antonio; ENNIS, Sean F. Implications of globalisation for competition policy: the need for international cooperation in merger and cartel enforcement. **E15Initiative**, Genebra, jan. 2016. Disponível em: <http://e15initiative.org/publications/implications-of-globalisation-for-competition-policy-the-need-for-international-cooperation-in-merger-and-cartel-enforcement/>. Acesso em: 06 fev. 2022.

EZRACHI, Ariel. Merger control and cross-border transactions: a pragmatic view on cooperation, convergence and what is in between. In: MARSDEN, Philip (Ed.). **Handbook of research in Trans-Atlantic antitrust**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2006. p. 622-640.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 4. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FOX, Eleanor M. Mergers in Global Markets: GE/Honeywell and the Future of Merger Control. **University of Pennsylvania Journal of International Law**, v. 23, n. 3, p. 457-468, 2002. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1279&context=jil>. Acesso em: 06 fev. 2022.

FUSÃO de Nestlé e Garoto pode voltar ao Cade. 2018. **Exame**, São Paulo, 20 set. 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/negocios/fusao-de-nestle-e-garoto-pode-voltar-ao-cade/>. Acesso em: 06 fev. 2022.

GERBER, David J. **Global Competition: Law, Markets, and Globalization**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

HELD, David; MCGREW, Anthony. **The global transformations reader**. 2. ed. Cambridge: Polity Press, 2003.

HOLLMAN, Hugh M.; KOVACIC, William E. **The International Competition Network: its past, current and future role**. In: LUGARD, Paul (ed.). **The International Competition Network at Ten: origins, accomplishments and aspirations**. Cambridge: Intersentia, 2011. p. 51-91.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). **Recommended practices for merger notification and review procedures (2002-2018)**. 2018b. Disponível em: [https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/MWG\\_NPRecPractices2018.pdf](https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/MWG_NPRecPractices2018.pdf). Acesso em: 06 fev. 2022.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). **Setting notification thresholds for merger review**. Kyoto: International Competition Network, 2008. Disponível em: [https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG\\_SettingMergerNotificationThresholds.pdf](https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_SettingMergerNotificationThresholds.pdf). Acesso em: 06 fev. 2022.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). **What is the ICN?** 2018a. Disponível em: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/about/>. Acesso em: 06 fev. 2022.

JANOW, Merit E.; RILL, James F. The origins of the ICN. In: LUGARD, Paul (ed.). **The International Competition Network at Ten: origins, accomplishments and aspirations**. Cambridge: Intersentia, 2011. p. 21-37.

JENNY, Frédéric. Substantive convergence in merger control: an assessment. **Concurrences Review**, v. 1, p. 21-41, jan. 2015. Disponível em: <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-1-2015/law-economics/substantive-convergence-in-merger-control-an-assessment>. Acesso em: 06 fev. 2022.

KAMPOURIDI, Ioulia. Arguments for the EU-US convergence and against a global merger control regime. **World Competition**, v. 38, n. 1, p. 107-132, 2015.

MATTOS, César Costa Alves de. Um pouco da história da Lei 12.529/2011. In: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto (org.). **Evolução do antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2018. p. 39-52.

MONTI, Mario. **EU competition policy after May 2004**. Fordham Annual Conference on International Antitrust Law and Policy. Nova York, 24 out. 2003. Disponível em: [https://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-03-489\\_en.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-03-489_en.htm). Acesso em: 06 fev. 2022.

OLIVEIRA, Gesner; FUJIWARA, Thomas. Competition policy in developing economies: the case of Brazil. **Northwestern Journal of International Law & Business**, Chicago, v. 26, n. 3, p. 619-642, 2006. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1637&context=njilb>. Acesso em: 06 fev. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Competition Law and Policy in Brazil: a peer review**. Paris: OECD Publications, 2005. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/35445196.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Competition law and policy developments in Brazil. **OECD Journal of Competition Law and Policy: Competition and regulatory reform**, Paris, v. 2, n. 3, p. 181-232, out. 2000. Disponível em: [https://read.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-journal-competition-law-and-policy/volume-2/issue-3\\_clp-v2-3-en](https://read.oecd-ilibrary.org/governance/oecd-journal-competition-law-and-policy/volume-2/issue-3_clp-v2-3-en). Acesso em: 06 fev. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Definition of transaction for the purpose of merger control review**. Paris: OECD Publications, 2013. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/Merger-control-review-2013.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). **Report on International Co-operation in Competition Enforcement**. Paris: OECD Publications, 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/OECD-ICN-Report-on-International-Co-operation-in-Competition-Enforcement.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Competition Law and Policy in Brazil: a peer review**. Paris: OECD Publications, 2010. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/45154362.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil**. Paris: OECD Publications, 2019. Disponível em: [www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm). Acesso em: 06 fev. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Report on country experiences with the 2005 OECD Recommendation on Merger Review**. Paris: OECD Publications, 2013. Competition Policy Roundtables. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/ReportonExperienceswithMergerReviewRecommendation.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2022.



RIBEIRO, Eduardo Pontual. Economic analysis in antitrust: the case of Brazil. In: JENNY, Frederic; KATSOUACOS, Yannis (ed.). **Competition law enforcement in the BRICS and in developing countries: legal and economic aspects**. Basileia: Springer International Publishing, 2016. p. 207-221.

ROBERTSON, Kyle. One law to control them all: international merger analysis in the wake of GE/Honeywell. **Boston College International and Comparative Law Review**, Boston, v. 31, n. 1, p. 153-167, 12 jan. 2008. Disponível em: <http://lawdigitalcommons.bc.edu/iclr/vol31/iss1/8>. Acesso em: 06 fev. 2022.

ROQUE, Daniel Gustavo Santos. A notificação obrigatória dos atos de concentração no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: principais mudanças advindas do início de vigência da Lei nº 12.529/2011. **Publicações da Escola da AGU: a nova lei do Cade**, Brasília, n. 19, p. 51-106, jul. 2012. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/EAGU/issue/view/74>. Acesso em: 06 fev. 2022.

SILVA, Miguel Moura e. **Direito da Concorrência**. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 2018.

TAUFICK, Roberto Domingos. Nova lei antitruste brasileira: avaliação crítica, jurisprudência, doutrina e estudo comparado. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2017.

TODOROV, Francisco Ribeiro; TORRES FILHO, Marcelo Maciel. **History of competition policy in Brazil: 1930-2010**. The Antitrust Bulletin, v. 57, n. 2, p. 207-257, set. 2012. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/0003603X1205700202>. Acesso em: 06 fev. 2022.

UNITED STATES. **Agreement between the Government of the United States of America and the Commission of the European Communities regarding the application of their competition laws**. OJ L 95, 27.4.1995, p. 47-52. Aprovado por decisão do Conselho e da Comissão de 10 de abril de 1995 (95/145/EC, ECSC). United States: Government of the United States, 1995. Disponível em: <https://bit.ly/3Kh8qNw>. Acesso em: 06 fev. 2022.

UNITED STATES. Department of Justice (DOJ). **Range Effects: The United States Perspective**. 2021. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2015/01/26/9550.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2022

US-EU MERGER WORKING GROUP. **Best Practices on Cooperation in Merger Investigations**. 2011. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/111014euemerger.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2022.

VESTAGER, Margrethe. **Refining the EU merger control system**. Studienvereinigung Kartellrecht: Bruxelas, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3rPyMjp>. Acesso em: 06 fev. 2022.

VISSER, Bram. **The Facebook/WhatsApp merger case: European Commission's lucky break or proof of impermeable system of merger control?** 2017. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/326059828\\_The\\_FacebookWhatsApp\\_merger\\_case\\_European\\_Commission's\\_lucky\\_break\\_or\\_proof\\_of\\_impermeable\\_system\\_of\\_merger\\_control](https://www.researchgate.net/publication/326059828_The_FacebookWhatsApp_merger_case_European_Commission's_lucky_break_or_proof_of_impermeable_system_of_merger_control). Acesso em: 06 fev. 2022.

## JÉSSICA GUSMAN GOMES

A autora foi responsável pelo projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing-original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), aprovação da versão final (final version approval).

## DANIEL JACOMELLI HUDLER

O autor foi responsável pelo desenvolvimento da metodologia (methodology), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing-review and editing), aprovação da versão final (final version approval).

### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

HUDLER, Daniel Jacomelli; GOMES, Jéssica Gusman. Convergência aplicada ao controle de concentrações brasileiro: um histórico bem sucedido da Lei n.º 12.529/2011. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 61-85, 2022. **DOI:** <https://doi.org/10.52896/rdc.v10i1.975>. Disponível em: . Acesso em: dia mês. ano





# 5

## NOVOS RUMOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA: O CONTROLE DO MONOPÓLIO E A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NA ECONOMIA DE DADOS PESSOAIS COM BASE NA LEI 12.529/2011<sup>1</sup>

New directions in competition law: Monopoly control and consumer protection in the economy of personal data

Suzy Elizabeth Koury<sup>2</sup>

Pontífica Universidade Católica (PUC/SP) – São Paulo/SP, Brasil

Lis Arrais Oliveira<sup>3</sup>

Centro Universitário do Pará (CESUPA/PA) – Belém/PA, Brasil

### RESUMO ESTRUTURADO

**Contextualização:** Com o advento das novas tecnologias da informação e comunicação, surge o questionamento sobre a necessidade, ou não, de evolução dos conceitos e das interpretações tradicionais do direito antitruste, para que este ramo do direito possa oferecer uma tutela adequada aos consumidores e ao processo competitivo.

**Objetivo:** O artigo objetiva discutir a necessidade de evolução da interpretação e da metodologia do direito da concorrência, no que tange à proteção de dados pessoais de consumidores, para que, assim, seja possível assegurar o bem-estar e a proteção do consumidor.

**Editor responsável:** Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braido, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

**OCIRD:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

1 **Recebido em:** 21/01/2022 **Aceito em:** 02/04/2022 **Publicado em:** 09/06/2022

2 Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1989). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará (1984). Docente permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento e do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário do Pará (CESUPA). Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região, tendo exercido a presidência entre 2016 e 2018. Líder do grupo de pesquisas CNPQ “Emprego, Subemprego e Políticas Públicas na Amazônia” e vice-líder do grupo “MinAmazônia” (Mineração e Desenvolvimento Regional na Amazônia). É autora do livro *A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine)* e os grupos de empresas, bem como organizadora de várias obras e autora de artigos científicos que discutem temas ligados ao mercado de trabalho, desigualdade e aos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) na Amazônia. Afiliação institucional principal: Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA) - Belém, PA. Professora da PUC-SP. **E-mail:** [suzykoury@gmail.com](mailto:suzykoury@gmail.com). **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5382551862867769>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-1244-6221>.

3 Graduada em direito pelo Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Mestranda em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional no Programa de Pós Graduação do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA). Advogada inscrita na OAB/PA nº 31.017. Afiliação institucional principal: Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA) - Belém, PA. **E-mail:** [lisarrais@gmail.com](mailto:lisarrais@gmail.com). **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/8763357849507121>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-4198-2824>.

**Método:** Inicialmente, será feita uma análise dos preceitos da ordem econômica e social estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e pela Lei 12.529/2011. Em seguida, será apresentado o controle monopolístico do mercado de dados e as suas principais implicações. Trata-se de pesquisa qualitativa, de natureza aplicada, com uso do método hipotético-dedutivo.

**Resultados:** A análise mostrou que a interpretação do direito da concorrência necessita evoluir para se tornar um instrumento capaz de atuar em defesa do consumidor na nova economia.

**Conclusões:** O direito antitruste brasileiro não deve se limitar ao uso de conceitos e interpretações tradicionais para promover a tutela da livre concorrência e da defesa do consumidor diante dos novos desafios que surgem com as novas tecnologias da informação e da comunicação.

**Palavras-chave:** Constituição de 1988. Ordem econômica e social. Direito da Concorrência. Proteção ao consumidor. Evolução do antitruste.

## STRUCTURED ABSTRACT

**Contextualization:** With the emergence of new information and communication technologies, the necessity, or not, of evolution of the traditional concepts and interpretations of antitrust law becomes questionable, in order for this branch of law to offer adequate protection to consumers and to the competitive process.

**The purpose:** The article aims to present the necessity of the evolution of the methodology of competition law, with regard to the protection of personal data of consumers, so that it is possible to ensure the well-being and protection of the consumer.

**Method:** Based on qualitative research, of an applied nature, using the hypothetical-deductive method, an analysis of the precepts of the economic and social order provided for by the Constitution of the Federative Republic of Brazil and of the Brazilian antitrust law will be made. Then, the monopolistic control of the data market and its main implications will be presented.

**Results:** The analysis showed that competition law needs to evolve to become an instrument capable of promoting consumer protection in the new economy.

**Conclusions:** Brazilian antitrust law should not be limited to the use of traditional concepts and interpretations to promote consumer protection and the protection of free competition, especially considering the new challenges that arise with new information and communication technologies.

**Keywords:** Brazilian Federal Constitution. Economic and social order. Competition law. Consumer's protection. Antitrust evolution.

**Código de classificação JEL:** K21

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A tutela jurídica da livre concorrência na Constituição da república federativa do Brasil de 1988 e na Lei 12.529/2011; 3. A concentração monopolística do mercado de dados pessoais; 4. O direito da concorrência como instrumento de proteção dos dados pessoais de consumidores; 5. Considerações Finais; Referências.



## 1. INTRODUÇÃO

O Direito da Concorrência busca, desde os seus primórdios, outros objetivos que não os meramente econômicos. Os precursores da legislação antitruste eram movidos por preocupações relacionadas com a justiça do comportamento empresarial, com a proteção dos pequenos negócios contra as grandes empresas e com a prevenção dos monopólios e cartéis, a fim de evitar que prejudicassem o bem-estar dos consumidores em razão do aumento de preços ou da redução da oferta (FRAZÃO, 2017).

Dessa forma, além dos objetivos diretamente garantidores da concorrência, tais como a manutenção dos mercados e do livre sistema de preços, uma legislação de defesa da concorrência deve atender a razões sociopolíticas, impedindo que o poder econômico desmedido acabe comprometendo os objetivos sociais e o próprio poder do Estado (FRAZÃO, 2017).

Essa abordagem ampla do direito da concorrência justifica-se pela constatação de que o mercado é uma instituição social e política que regula e mantém algumas estruturas de poder, capaz de criar e gerar males permanentes, caso se desenvolva livremente por meio de suas próprias leis (BASTOS, 2007).

Por essa razão, o Estado assume a obrigação de regulamentar e intervir para garantir o funcionamento adequado do mercado, concepção esta que encontra respaldo no art. 215 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88 (BRASIL, 1988), o qual inclui o mercado como patrimônio nacional.

Observa-se, então, que não há qualquer solução que não passe pela permanência do Estado como organismo social máximo, e pelo direito como instrumento e linguagem deste Estado. Dessa forma, apesar de o direito não conseguir, sozinho, produzir riquezas, ele deve ser usado como instrumento para realizar a sua redistribuição. O Estado deve exercer um papel ativo no exercício de sua função mais relevante nos tempos atuais, a de planejar, conduzir ao futuro, e criar padrões sólidos de comportamento para a sociedade, especialmente para os agentes econômicos. Para tanto, o direito assume um importante papel de possibilitar e sustentar a democracia econômica (BASTOS, 2007).

Dessa maneira, observa-se que a intervenção do Estado na economia não é indesejada pelo sistema jurídico, pelo contrário, o sistema a institui e regulamenta, visto que, para que a livre iniciativa e a livre concorrência continuem existindo, necessitam ser regulamentadas e conduzidas pela autoridade governamental, em atenção aos princípios fundamentais da República Federativa (FORGIONI, 2016).

Com a consolidação de tais medidas e a percepção de que os princípios econômicos são o elemento básico da convivência de uma sociedade, chega-se a noção de Constituição Econômica. A Constituição Econômica decorre da harmonização dos componentes da Ordem Jurídica, da Ordem Política e da Ordem Econômica. Portanto, sua interpretação exige a aplicação de metodologia compatível com a sua natureza, que é bastante diversa da aplicada para as Cartas simplesmente políticas, visto que, na Constituição Econômica, os valores das três "Ordens" constitucionalizam-se. Configura-se um todo orgânico, um sistema de elementos em perfeita conexão (SOUZA, 2002).

Não obstante, observa-se que, embora o Direito da Concorrência brasileiro, em suas origens, tivesse uma relação de proximidade com a Constituição, a sua aplicação prática acabou distancian-

do-o da ordem econômica constitucional. Com isso, o direito antitruste tornou-se um instrumento flexível de implantação das políticas econômicas do Estado, ainda que incompatíveis com a dinâmica concorrencial (FRAZÃO, 2017).

De fato, a Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011), foi progressivamente interpretada e aplicada a partir dos pressupostos epistemológicos da Escola de Chicago<sup>4</sup>, distanciando-se cada vez mais das premissas e discussões constitucionais que motivaram a própria criação do Direito da Concorrência no Brasil. Por assim ser, observa-se uma grande distância entre o arcabouço normativo decorrente da Constituição e da legislação antitruste, e a prática que se consolidou, o que culminou em um nítido afastamento entre o Direito da Concorrência e a Constituição da República Federativa do Brasil.

A metodologia amplamente difundida pela Escola de Chicago é baseada na maximização da eficiência para a resolução de controvérsias. Assim, a busca da eficiência como objetivo único do Direito Antitruste se tornou uma orientação predominante.

Ocorre que, estes modelos econômicos consequencialistas<sup>5</sup> não podem ser utilizados, isolada e unicamente, como critérios de avaliação do bem-estar do consumidor ou diretrizes de aplicação do Direito da Concorrência. A eficiência dificilmente será um critério único, claro e coerente para orientar a política antitruste, especialmente diante da necessidade de orientá-la em uma direção que garanta a proteção do consumidor. Assim, mesmo os critérios mais aceitos e utilizados de eficiência estão sujeitos a inúmeros questionamentos quanto à possibilidade de serem identificados, de forma satisfatória, com o bem-estar do consumidor (FRAZÃO, 2021).

Essas reflexões aplicam-se ao contexto vivenciado na atualidade, visto que, com o crescimento exponencial do fluxo de dados pessoais, a expansão da tecnologia da informação, a tendência à quantificação de todos os aspectos referentes à vida humana e de uma constante necessidade de produzir informações preditivas muito precisas sobre indivíduos em busca de benefícios lucrativos, a necessidade de regulamentar de maneira mais direta o mercado movido a dados se faz iminente.

Uma condição de alta relevância oportunizada por esta imensa base de dados, a qual ficou conhecida como Big Data, para os mercados virtuais, é a possibilidade de criar e explorar bases de dados fornecidas pelos consumidores. As experiências individuais dos consumidores podem ser especialmente customizadas: as plataformas virtuais são capazes de modificar a disposição dos produtos ofertados, a recomendação de itens, a apresentação de marketing, os resultados de busca e outros critérios, com base nos comportamentos e preferências anteriormente manifestados e nelas armazenados (BAQUEIRO, 2020).

A necessidade do sistema capitalista de conhecer as preferências de indivíduos e grupos impulsionou o crescimento do mercado movido a dados, o qual, de acordo com Zuboff (2021), tornou-se um “mercado de comportamentos futuros”, em razão da necessidade em aprimorar cada vez mais os mecanismos de atração e vigilância e promover uma previsão comportamental mais eficiente sobre

4 A Escola de Chicago desponta no contexto da crise do capitalismo, no final da década de 1970, sustentando o menor grau possível de regulamentação da economia pelo Estado. Seus principais precursores são Bork, Bowman, Mac Gee e Posner. De acordo com tal concepção, a concentração e o poder econômico dela derivados não seriam um mal em si, pois gerariam eficiências, e não a manutenção de um mercado competitivo. Para essa vertente, até mesmo monopólios não seriam problemáticos, desde que produzissem eficiências, bem-estar ao consumidor e não houvesse barreiras à entrada.

5 Para o consequencialismo, o valor de uma ação não é abstraído de seus fundamentos, mas das vantagens que possa acarretar. Assim, o consequencialismo pode ser definido como qualquer programa teórico que se proponha a condicionar, ou qualquer atitude que condicione, explícita ou implicitamente, a adequação de uma determinada decisão à valoração das consequências associadas à mesma e às suas alternativas.



os usuários. Assim, a indústria da tecnologia passou a ampliar e modificar suas arquiteturas de extração de dados, em busca de resultados mais lucrativos (ZUBOFF, 2021).

O uso de técnicas complexas de previsão de comportamentos e reconhecimento de padrões tornou-se recorrente, os algoritmos passam a determinar o acesso a uma série de direitos e oportunidades, decidindo quem obterá crédito e a que taxa de juros, quem será contratado para trabalhar em determinada empresa ou qual a probabilidade de reincidência de determinado criminoso (O'NEIL, 2021; PASQUALE, 2015).

Nesse contexto, a concentração de informações comercialmente relevantes confere ao agente econômico vantagem competitiva em comparação aos rivais, o que pode ocasionar efeitos anti-concorrenciais, visto que, essas empresas podem utilizar a informação em favor de interesses próprios, motivando o fechamento de mercados.

Agentes mais bem informados possuem as vantagens de estabelecer diretrizes e interferir em diversos aspectos da vida cotidiana, bem como, investir na produção de informações ainda mais precisas e preditivas. Com isso, estes agentes exercem um poder controlador, o qual difere do poder disciplinar na medida em que é capaz de modular o comportamento dos indivíduos de maneira muito sutil, através do acesso ou da restrição à informação. Dessa forma, exercem certo nível de controle sobre a ordem econômica, os mercados e o sistema capitalista (HAN, 2018).

Por isso, conforme aduz Wu (2016), o verdadeiro negócio das plataformas digitais é influenciar consciências, com a disputa pela atenção e tempo das pessoas. Trata-se da forma mais fundamental de poder, a habilidade de moldar a mente humana, a partir da capacidade relacional que um ator social tem de influenciar, de forma assimétrica, a decisão dos outros atores sociais em favor dos seus próprios interesses e valores.

Diante disso, nada justifica a retração do direito antitruste diante da nova realidade trazida pelo Big Data, especialmente pelo seu objetivo principal ser o controle do poder econômico. Portanto, este ramo do direito não poderá desincumbir da sua tarefa sem identificar em que medida a utilização de dados pessoais de usuários, independente de ser decorrente ou não de violação ao direito da personalidade, se converte em poder econômico (FRAZÃO, 2021).

Torna-se inequívoca a necessidade de que o direito da concorrência avance na regulação dos dados, compreendendo e captando as características dessa nova dinâmica competitiva, identificando as fontes e a extensão do poder econômico resultante e exercendo o seu papel no controle do abuso de poder econômico, tanto pela via das condutas, como pela via das estruturas. Contudo, é imprescindível que seja superada, definitivamente, a ótica extremamente restritiva, confinada às questões de eficiência econômica (FRAZÃO, 2021).

Este é o ponto de partida do presente estudo, que objetiva apresentar a necessidade de evolução da metodologia aplicada ao direito da concorrência, especialmente no que tange à proteção de dados pessoais de consumidores, para que, assim, seja possível assegurar o bem-estar e a proteção do consumidor.

Inicialmente, será feita uma análise da tutela jurídica da livre concorrência na Constituição de 1988 e da Lei 12.529/2011. Em seguida, será abordada a concentração monopolística do mercado de dados pessoais na atualidade, e as implicações que tal concentração proporciona aos agentes envolvidos no referido mercado.

Por fim, será possível concluir sobre a necessidade de uma evolução da metodologia utilizada no direito antitruste, para que esta afaste alguns mecanismos tradicionais, bem como, a ideologia que restringe a tomada de decisão à busca pela maximização da eficiência como finalidade última, para que então, seja possível proteger o bem-estar do consumidor.

A partir de uma pesquisa qualitativa, de natureza aplicada, com o uso do método hipotético-dedutivo, o estudo contempla a hipótese de que o direito da concorrência necessita evoluir para se tornar um instrumento capaz de atuar em defesa do consumidor.

## 2. A TUTELA JURÍDICA DA LIVRE CONCORRÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E NA LEI 12.529/2011

As primeiras Constituições ao redor do mundo surgem em um contexto da valoração da propriedade privada e do livre mercado, valores caros ao capitalismo liberal. Não obstante, o advento das complicações e contradições deste modelo gera mudanças na concepção do regime capitalista. Nesse sentido, o mercado deixa de ser percebido como um ambiente natural espontâneo, e passa a ser considerado como uma construção social que decorre de uma complexa somatória de interações entre os seus participantes públicos e privados (GRAU, 2010; BASTOS, 2007).

Dessa forma, o Estado deixa de lado a subserviência acentuada à “mão invisível”<sup>6</sup> do mercado e assume nitidamente o papel de agente regulador da economia. Portanto, deixa de ser um mero garantidor de liberdades e da propriedade e passa a atuar ativamente no regime da propriedade e em prol da redução das desigualdades sociais. Uma maior intervenção do Estado na economia não é apenas almejada pelos resultados distributivos, mas também pelos benefícios que proporciona às empresas privadas (BASTOS, 2007).

Com isso, um planejamento firme e dirigente, instrumentalizado por políticas públicas que objetivem coordenar os interesses presentes na sociedade e atingir objetivos sociais de caráter nacional se faz necessário. Surgem, assim, as constituições dirigentes e as suas normas programáticas<sup>7</sup>, as quais se ocupam em gerir não apenas os fins do Estado, porém, também de algumas instituições civis relevantes, como a propriedade, a empresa e o mercado (BASTOS, 2007).

A Constituição brasileira de 1988 é um exemplo de constituição programática, a qual não permite que as relações privadas fiquem à mercê do poder econômico ou dos detentores dos meios de produção. Dessa forma, na busca de um sistema econômico social, o Estado acaba por inserir a dimensão política no cálculo econômico e permite que critérios políticos superem a rigidez da lógica econômica na busca do bem estar da coletividade (BASTOS, 2007).

O advento da CRFB/88 impulsionou o reconhecimento do Direito Econômico como ramo do Direito no ordenamento jurídico brasileiro, o qual tem por objeto a regulamentação da política econômica, e por sujeito o agente que delas participa. Dessa forma, observa-se que na Constituição Econômica, a norma adquire valor econômico, o qual se soma ao valor político inerente à norma jurídica

6 Segundo o conceito da mão invisível, cunhado pelo filósofo e economista Adam Smith, o mercado livre se autorregula, sem a necessidade da intervenção do Estado. Na busca por seus interesses próprios, os indivíduos contribuiriam para o equilíbrio do mercado. Esse equilíbrio seria o resultado do que hoje conhecemos como a lei da oferta e da procura. A mão invisível é, portanto, a representação simbólica da ideia de que o próprio mercado se organiza da melhor maneira possível.

7 Normas programáticas possuem a função de traçar princípios e estabelecer os caminhos a serem trilhados pelos Poderes Públicos para atender a vontade do Constituinte, sendo assim, são normas que consubstanciam programas e diretrizes para atuação futura dos órgãos estatais, pretendendo unicamente à consecução dos fins sociais pelo Estado.





constitucional (KOURY, 2013).

A política econômica deve ser aplicada obedecendo a uma linha sistêmica, tomando a Constituição como um todo, como um conjunto harmônico de normas e princípios que modelam a ordem jurídica. Dessa forma, a interpretação e a aplicação da política econômica devem ser efetuadas com base nos métodos mais consonantes à realidade constitucional e a referência aos princípios fundamentais da República (SOUZA, 2002).

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tem por finalidade assegurar a todos existência digna, no rumo da justiça social. Entretanto, tais objetivos apenas são atingidos mediante a observância dos princípios fundamentais da república, especialmente, aos enumerados nos incisos do art. 170 da CRFB/88.

Nos termos do art. 170 da Constituição de 1988, a ordem econômica deve estar fundada na livre iniciativa. Não obstante, tal ordem tem como princípio basilar a livre concorrência e a proteção ao consumidor. Assim, entende-se que, no princípio da livre iniciativa, abriga-se a atuação estatal de disciplinar comportamentos que resultariam em prejuízo à concorrência (FORGIONI, 2016).

Poder-se-ia afirmar que alguns princípios constitucionais da ordem econômica seriam contraditórios ou conflitantes, o que se verifica no próprio art. 170, o qual consagra a propriedade privada e a livre concorrência, bem como, a função social da propriedade e a repressão ao abuso do poder econômico como limitadora da livre concorrência. Nesse caso, os princípios ficam à disposição do intérprete, que, ao optar por um não exclui os demais, que podem vir a ser utilizados em outras circunstâncias. Não obstante, a opção do intérprete não caracteriza o arbítrio, pois está limitada pelos parâmetros dos fundamentos e das finalidades às quais estão atrelados os princípios (SOUZA, 2002).

A livre concorrência, por exemplo, deve ser interpretada em conjunto com o princípio de repressão aos abusos do poder econômico, nos termos do art. 173, inc. IV, §4º, da Constituição Federal. Nesse sentido, cumpre ressaltar que o poder econômico é a regra e não a exceção, razão pela qual é frustrada qualquer suposição de que o mercado esteja naturalmente organizado em função do consumidor (GRAU, 2010).

A concorrência livre, portanto, assume um papel diferente da estrutura exigida de pluralidade de agentes e influência isolada e dominadora entre uns e outros. Trata-se de um processo comportamental competitivo – a competitividade – que admite gradações de pluralidade e fluidez, e é este comportamento, o qual exige a descentralização de coordenação como base da formação de preços, que define a livre concorrência (GRAU, 2010).

Por assim ser, é possível interpretar a livre concorrência como uma forma de tutela do consumidor, na medida em que a competitividade induz a uma distribuição de recursos a menor preço, por exemplo. Além disso, do ponto de vista político, também acaba por garantir oportunidades iguais a todos os agentes, visto que é uma forma de desconcentração de poder (GRAU, 2010).

A Lei Antitruste Brasileira, que completou 10 (dez) anos em novembro de 2021, não tem como único objetivo restabelecer o livre mecanismo de preços e da concorrência. O legislador constituinte procurou também proteger o consumidor contra a busca incessante por lucros excessivos por parte das empresas ou associações de fornecedores de bens ou serviços que pretendem aumentar, arbitrariamente, seus ganhos em função de posições monopolísticas. Assim, em sistemas nos quais, tradicionalmente, há concentração de poder, com a presença de mercados centralizados, costuma-se

controlar as atividades dos agentes econômicos que ocupam posições dominantes, impedindo que estes abusem de sua posição em detrimento do consumidor (FORGIONI, 2016).

Cabe ressaltar que o pensamento econômico vem se preocupando com a determinação de conceitos próprios, portadores de conteúdo específico, que permitem oferecer interpretações mais amplas dos fatos submetidos à sua apreciação. Assim, as pesquisas destacam estes conceitos, possibilitando à teoria econômica superar a análise dos fenômenos sob o prisma dos lucros ou da rentabilidade (SOUZA, 2002).

Nesse sentido, a partir de uma valoração dissonante do princípio primitivo de rentabilidade econômica ou lucro materialmente traduzido, é possível compreender o substrato do que é chamado de economicidade. A economicidade pode ser traduzida a partir da atribuição de valor às vantagens que são asseguradas pela realização do ato, que pode apresentar característica moral, estética, religiosa, política e etc. (KOURY, 2013).

O princípio da economicidade ultrapassa a simples noção do “ser econômico” pautado exclusivamente na rentabilidade econômica e no lucro material, o que justifica a tomada de decisões que podem ser antieconômicas, porém, atendem à economicidade sócio-política, como exemplo da fixação pelo governo de salários assistenciais (KOURY, 2013).

Em certas situações, os elementos característicos do econômico ficam superados, e assim, justificam-se atitudes de interesse político ou social, como as medidas governamentais de caráter supletivo, os salários assistenciais superiores à resistência do custo comum, e outras resoluções que se desviam do interesse econômico típico, de maneira a definir um amplo sentimento de vantagem. Com isso, a economicidade extravasa o simples modo de ser econômico e a subversão de valores culturais de maior significação nos julgamentos e apreciações que são feitas dos acontecimentos sociais e das atitudes humanas (SOUZA, 2002).

Aplicando-se essas considerações, tem-se que o direito da concorrência não se reduz ao alcance da eficiência econômica, conforme é possível extrair do legado da Escola de Chicago, o qual sustenta o menor grau possível de regulamentação da economia pelo Estado e considera que a concentração de poder econômico não seria um mal em si (FRAZÃO; SANTOS, 2020).

O ordenamento jurídico brasileiro não corrobora qualquer afirmação de que a Legislação Antitruste objetiva apenas a tutela da “eficiência alocativa”, encontrando nesta o seu valor supremo. Pelo contrário, observa-se na lei uma complexa constelação de princípios, valores e interesses, que não podem ser ignorados pelo seu intérprete (FORGIONI, 2016).

Deve-se deixar claro que não há qualquer necessidade de alteração na Lei 12.529/2001, mas sim na sua interpretação e aplicação, pois, como ressalta Forgioni: “Desde há muito, encontra-se nos diplomas brasileiros antitruste, bem como nas normas constitucionais, a repressão aos lucros arbitrários ou aos preços excessivos correlatos ao abuso do poder econômico, tendo em vista a proteção da população, dos consumidores.” (FORGIONI, 2016, p. 145).

O caput do art. 36 da lei antitruste refere-se a “efeitos potenciais a serem eventualmente produzidos”, possibilitando coibir atos que, no futuro, possam vir a gerar abusos do poder econômico e lucros arbitrários ou preços excessivos em detrimento dos consumidores.

Diante disso, a concentração de poder econômico nas mãos de grandes empresas tornou-se



uma problemática nítida e que exige atenção. Neste estudo, destacam-se as empresas de tecnologia, que, além de terem tido um incremento na quantidade de fusões, nos últimos anos, têm enfrentado diversas investigações tendo como foco a adoção de estratégias comerciais ambíguas em mercados como os de mecanismos de buscas online, desenvolvimento de aplicativos, mídias sociais e intermediação do e-commerce (FERNANDES; SILVEIRA, 2020).

Empresas como a Google, a Apple, o Facebook e a Amazon têm atraído preocupações das autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo. Assim, a dominação das “Big-Tech”, como ficaram conhecidas, reavivou o debate sobre a moldura antitruste focada no paradigma da Escola de Chicago, em razão do poder de mercado detido por estas grandes plataformas digitais, o que se passa a analisar (FERNANDES; SILVEIRA, 2020).

### **3. A CONCENTRAÇÃO MONOPOLÍSTICA DO MERCADO DE DADOS PESSOAIS**

Com o advento das Novas Tecnologias da Informação - as quais proporcionaram a criação do Big Data - coletar, processar e explorar dados pessoais para uso comercial tornou-se uma prática recorrente. Não obstante, tal questão é geralmente analisada sob a ótica da proteção ao consumidor e não como um aspecto de direito da concorrência.

Como mencionado, recentemente, fusões e aquisições de grande porte envolvendo grandes corporações trouxeram à tona a discussão que envolve os impactos concorrenciais destas condutas, na medida em que estes agentes passam a exercer um controle cada vez maior sobre o mercado de dados em evidência na atualidade. Portanto, há uma importante necessidade em entender as possíveis implicações que estes atos causam aos consumidores e ao mercado.

O termo “Big Data” é vago e demanda precisão, entretanto, as suas definições mais frequentes se referem à larga dimensão de bases de armazenamentos de dados; a necessidade de uso de poder de computação em larga escala e de softwares e métodos para extrair valor dos dados em um período razoável de tempo (STUCKE; GRUNES, 2016).

O Big Data é a informação potencializada em volume, velocidade e variedade, e requer tecnologias específicas e métodos analíticos para a transformação dos dados em valor. Assim, distingue-se dos dados em geral em decorrência do volume dos dados armazenados; da velocidade através da qual são coletados, processados e disseminados; da variedade de informações produzidas, bem como do valor que tais dados passam a adquirir. Cada um destes elementos cresceu exponencialmente na última década, e continuam em ascensão (STUCKE; GRUNES, 2016).

As atividades das grandes plataformas digitais representam parte dos desafios que o uso excessivo de dados e dos modelos de algoritmos trazem para o direito à concorrência, bem como para qualquer tentativa de regulamentação na área, vez que se tratam dos principais coletores e processadores de dados, que ocupam grande protagonismo no âmbito do uso de informações e de processamento de dados na atualidade.

Este protagonismo desencadeia uma vasta acumulação de dados por apenas um pequeno número de agentes, daí a tendência de se tratarem de verdadeiros monopólios virtuais que acabam por dificultar a competição nesses mercados (FRAZÃO, 2021).

Trata-se de um mercado fundamentalmente propulsionado por investimentos em pesquisa e desenvolvimento, uma vez que a inovação assume papel central, situando a propriedade intelectual como seu principal produto. Estes mercados, portanto, inauguram a Nova Economia e a singularizam, tanto pelas dinâmicas e estruturas inéditas, quanto pela extraordinária centralidade da produção intelectual e da inovação. Nesse sentido, cumpre mencionar que um incentivo relevante para a inovação é a expectativa do monopólio artificial concedido pela proteção da propriedade intelectual (BAQUEIRO, 2020).

Embora as mudanças tecnológicas possuam o efeito comum de gerar novos mercados, a Internet o fez de modo sem precedentes, ao gerar, em um curto espaço de tempo, a eclosão, a evolução, a competição e o desaparecimento de mercados que acabavam de nascer.

Além de proporcionar o surgimento de novos mercados, o advento da Internet viabilizou o crescimento exacerbado deles. O crescimento de plataformas virtuais é um exemplo: a Amazon abriu em 1995 e, em 2016, suas vendas aproximaram-se de 136 bilhões de dólares; o YouTube, lançado em 2005, conta hoje com mais de 1 bilhão de usuários ativos; o Facebook, criado em 2004, alcançou o número de 1,87 milhão de usuários em 2017, a Netflix iniciou a transmissão de conteúdo via streaming em 2007, nos Estados Unidos e, hoje, aproxima-se de 100 milhões de assinantes pelo mundo (BAQUEIRO, 2020).

A inovação possui papel primordial nessa análise, visto que consumidores podem compartilhar informações com quantos serviços quiserem, porém, para tanto, é necessário que as plataformas desenvolvam produtos e serviços que atraiam cada vez mais usuários. O motivo pelo qual as operadoras de streaming, como a Netflix, desbancaram empresas de grande porte como a Blockbuster foi o uso mais efetivo da base de dados das primeiras em comparação com as últimas, mesmo com uma base de dados inferior a princípio (SOKOL; MA, 2017).

Dessa forma, observa-se que a concorrência pode surgir de repente e, a partir de uma inovação, superar a atividade de empresas dominantes no mercado. No caso das operadoras de streaming, não foi a quantidade de dados obtidos que foi relevante, e sim os insights que obtiveram a partir de sua base de dados e da sua habilidade em inovar. Dessa forma, as empresas criam produtos inovadores que suprem as necessidades dos consumidores na mesma medida em que coletam os seus dados, os quais são utilizados para aprimorar cada vez mais o produto criado (SOKOL; MA, 2017).

As empresas da Nova Economia engajam-se em uma competição dinâmica, por mercados, em corridas do tipo “winner-takes-all” (“o vencedor leva tudo”), com foco em investimentos em propriedade intelectual, a fim de produzir inovações que lhes confirmem liderança no mercado para, assim, reduzir ou eliminar atuais e potenciais concorrentes. Desse modo, a concorrência estática, baseada na competição por preços e qualidade do produto, passa a ter importância reduzida (BAQUEIRO, 2020).

Nesse contexto, as inovações possuem um grande potencial para retornos dinâmicos crescentes em escala – onde quanto mais assinantes, melhor – em razão do ato dos consumidores continuarem usando uma prática ou produto por conta de uma preferência passada, ou da inércia social, mesmo quando a vantagem inicial do concorrente que adquire a liderança é pequena ou arbitrária (MAZZUCATO, 2020).

Os direitos de exclusividade concedidos pela propriedade intelectual, seja por meio de pa-



tentes, direitos autorais, ou desenhos industriais, permitem que a empresa inovadora usufrua de um considerável período de tempo de monopólio, impedindo a entrada de novos competidores e viabilizando os lucros. Neste ponto, a realidade desta Nova Economia, fortemente caracterizada pela inovação e pela propriedade intelectual, reacende e renova problemas relacionados ao direito da concorrência (BAQUEIRO, 2020).

Esse fenômeno é exemplificado pelas externalidades de rede, o que significa que, uma rede social se torna mais valiosa para o proprietário quanto mais pessoas se conectarem. O Facebook e o Twitter, por exemplo, fazem tudo o que podem para aumentar o número de usuários inscritos, ou seja, quanto maior a rede, mais forte é a posição da empresa (MAZZUCATO, 2020).

Na nova economia, os efeitos de rede são altíssimos, assim como os custos da mudança para os usuários, que dificilmente abandonam o uso da plataforma dominante no mercado. Desse modo, o ideal é que os mercados digitais sejam regulados por políticas públicas que fomentem a competição e proporcionem as oportunidades de inovação, e contenha as forças que possam vir a consolidar uma alta concentração ou um único vencedor (BAGNOLI, 2021).

As grandes plataformas digitais, as quais já estão estabelecidas no mercado, possuem tendências inteiramente monopolistas em razão dos fortes efeitos de rede, os quais trazem altos custos de mudança, e assim, desestimulam os usuários a procurarem plataformas alternativas. Desse modo, os benefícios de troca para uma plataforma diferente devem ser suficientes para persuadir consumidores a arcarem com eles, o que raramente ocorre (KIRA; COUTINHO, 2021).

Os elevados custos de troca e os grandes efeitos de rede são verdadeiras barreiras à entrada em mercados digitais, visto que, novos atores possuem uma enorme dificuldade em reunir massa crítica suficiente para entrar no mercado ou oferecer bens ou serviços em um nível competitivo.

Sendo assim, em razão dos mercados digitais funcionarem em uma dinâmica conhecida como “o vencedor leva tudo”, novas empresas têm dificuldades para substituir incumbentes, mesmo quando mais eficientes ou com amplo potencial inovador. Portanto, a concentração nos mercados digitais pode levar à redução da escolha do consumidor e dos incentivos à inovação (KIRA; COUTINHO, 2021).

Os efeitos de rede estão centralizando cada vez mais a internet, concentrando um enorme poder de mercado nas mãos de poucas empresas. O Google, sozinho, é responsável por 70% das pesquisas online nos EUA e 90% na Europa. O Facebook tem mais de 1,5 bilhão de usuários, o que corresponde a um quarto da população do planeta. Seis empresas – Facebook, Google, Yahoo, AOL, Twitter, Amazon - representam cerca de 53% do mercado de publicidade digital, com Google e Facebook representando 39% (MAZZUCATO, 2020).

Esse domínio permite que essas empresas imponham as suas condições sobre usuários e demais empresas. Empresas como a Google constituem, de fato, monopólios, porém, não são reconhecidas como tal, e não atraíram o tipo de legislação que as grandes empresas de setores mais tradicionais atraíram (MAZZUCATO, 2020).

As práticas exclusionárias exercidas por estas grandes empresas podem retardar a introdução de novos produtos e serviços em mercados atuais e futuros, ou condicionar as inovações aos seus próprios interesses, o que acarreta uma prática anticompetitiva. Diante disso, ressalta-se a importância de combater o uso da proteção à inovação com vistas à manutenção de vantagens com-

petitivas (FERNANDES; SILVEIRA, 2020).

Essas plataformas digitais usufruem de amplo poder de conexão, de alavancagem, de exploração e extração de dados pessoais e de comunicação. Com isso, diante da quantidade cada vez maior de usuários que utilizam essas plataformas, este poder passa a ser canalizado para influenciar e manipular usuários para diferentes propósitos, sejam econômicos, sociais ou políticos (FRAZÃO, 2021).

Após desfrutarem dos seus ganhos de escala e atingirem um determinado plateau, as grandes plataformas digitais passam a lançar mão de outro tipo de vantagens: a sua influência econômica e política, a sua conduta passa a ser focada em neutralizar rivais e interferir em processos legislativos (MOURÃO; NOVAIS, 2020).

Na era do Big Data, a coleta e a extração de dados configuram, apenas, a primeira fase de uma cadeia produtiva, pois os dados colhidos devem ser processados para que possam gerar valor. Isso significa que, o mero acesso aos dados, sem a possibilidade efetiva de transformá-los em informação, é insuficiente para alimentar este mercado no qual a informação se tornou um ativo de suma importância. Nesse sentido, o desafio é saber como os dados acessados por diferentes agentes econômicos são convertidos em informação, e, por conseguinte, em poder econômico, o que se torna desafiador justamente porque os modelos utilizados por estes agentes não são transparentes (O'NEIL, 2021; FRAZÃO, 2021).

Diferentes agentes econômicos possuem diferentes capacidades de processamento de dados, tanto em matéria de qualidade quanto de velocidade. Tal desnível pode se transformar em verdadeira barreira de acesso ou permanência em determinados mercados. Esse aspecto é ainda mais preocupante diante da falta de transparência em relação aos algoritmos, o que impossibilita que se saiba como eles utilizam os dados e para que fins (FRAZÃO, 2021).

De acordo com O'Neill (2021), modelos opacos e invisíveis são a regra, e os transparentes, a exceção. No caso de empresas como o Google, a Amazon e o Facebook, esses algoritmos precisamente talhados valem, sozinhos, centenas de bilhões de dólares, e são caixas-pretas impenetráveis, cujo conteúdo é segredo corporativo altamente protegido. Assim, os três elementos que fazem com que alguns destes modelos venham a ser nocivos - chamados de "Arma de Destruição Matemática" - são opacidade, escala e dano (O'NEIL, 2021).

Quando um modelo ganha escala, ele passa a afetar toda a vida dos indivíduos. É o que ocorre, por exemplo, com o modelo de crédito, que acaba determinando se o indivíduo consegue ou não um apartamento, um emprego ou um carro. Estes modelos matemáticos são opacos e os seus mecanismos invisíveis a todos, exceto aos que possuem domínio sobre eles (O'NEIL, 2021).

Vejamos o exemplo do Facebook e de seus usuários que contam com a plataforma para receber notícias. Considerando que o Facebook determina, com base nos seus próprios interesses, o que é entregue a cada usuário em sua rede social, sabe-se que a possibilidade de que um ajuste no seu algoritmo gere desdobramentos no sistema social, econômico e político não deve ser descartada.

O Facebook é um laboratório de larga escala; em horas, é possível processar informações de dezenas de milhões de pessoas, medindo, por exemplo, o impacto de suas palavras e dos links compartilhados entre elas, de modo que é possível usar essas informações para modular ações. Trata-se de uma plataforma massiva, poderosa e opaca, e, portanto, detentora de uma quantidade





significativa de poder, sem que se saiba nada a respeito dos algoritmos, entregando-se aos usuários apenas os resultados dos experimentos que os pesquisadores decidem publicar (O'NEIL, 2021).

O Facebook não é a única plataforma a exercer este massivo poder; outras corporações de capital aberto, como a Google, Apple, Microsoft, Amazon e etc., possuem vasta informação sobre grande parte da humanidade e os meios para nos guiar da forma que quiserem (O'NEIL, 2021).

O poder de controle da informação inerente a essas plataformas é enorme. Com isso, moldar a ideologia é uma das principais formas de atuação da elite econômica para a manutenção do seu poder, o que envolve estratégias de educação e doutrinação. Assim, o Big Data expandiu as formas pelas quais é possível moldar a opinião pública e potencializou vários dos seus efeitos (FRAZÃO, 2021).

A atuação das plataformas gera um duplo efeito no plano concorrencial, qual seja, a criação de uma dinâmica concorrencial própria sobre o uso e o processamento de dados, o que impossibilita a concorrência no mercado de dados e processamento fora delas, bem como a crescente dependência dos demais agentes econômicos em relação aos seus serviços (FRAZÃO, 2021).

A Google é o exemplo mais ilustrativo desta cultura. Antes da Google, as buscas eram efetuadas em portais desorganizados, caracterizados por anúncios e spams excessivos. A Google inovou e obteve sucesso absoluto neste campo quando passou a oferecer resultados relevantes e claros em frações de segundos. Não obstante, o sucesso comercial trouxe à companhia um poder econômico exacerbado. Certamente, esta condição gera importantes implicações, especialmente no setor concorrencial, onde as regras clássicas de competição passam a ser afetadas. Quando uma empresa do porte da Google se funde com empresas sem tanta relevância, tal aquisição gera grandes implicações aos concorrentes diretos desta última (PASQUALE, 2015).

Dentre as modalidades de atos de concentração no controle de estruturas, previstas na Lei 12.529/2011, em seus artigos 88 a 91 as integrações verticais e os conglomerados são operações marcantes em mercados digitais movidos a dados e, por isso, exigem especial enfoque, sob pena de uma investigação insuficiente quanto aos riscos anticompetitivos que possam ser gerados (FRAZÃO; SANTOS, 2020).

Essa onda de integrações verticais e de conglomerados está associada ao poder de alavancagem das plataformas digitais, as quais não servem apenas como infraestrutura para a conexão entre as diferentes categorias de usuários, mas também como via de integração de mercados. Essa alavancagem reflete a ideia de que uma empresa é propensa a usar o seu domínio em uma linha de negócio para estabelecer posição dominante em outra linha distinta ou acessória (KHAN, 2017).

Nas concentrações verticais, a conjugação de dois ou mais estágios sucessivos da fabricação ou distribuição de produtos ou serviços sob o controle de uma mesma empresa enseja a extração de informações sensíveis sobre os seus usuários e as atividades da cadeia econômica. Da mesma forma, nos conglomerados, uma combinação particularmente valiosa de dados coletados em diferentes mercados pode ser usada para alavancar a posição dominante de um agente econômico em mercados distintos (FRAZÃO; SANTOS, 2020).

As preocupações surgem quando essas aquisições fortalecem a dominância das grandes plataformas e prejudicam o processo competitivo, eliminando potenciais rivais ou construindo barreiras a entrada para competidores potenciais ou reais (CRÉMER; MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019).

A concentração de informações comercialmente relevantes confere ao agente econômico vantagem competitiva em comparação aos rivais, o que pode ocasionar efeitos anticoncorrenciais. A persistência de uma estrutura de mercado altamente concentrada em função do acesso aos dados põe em risco interesses de longo prazo, vez que as empresas, em mercados não competitivos, não precisam concorrer para melhorar produtos e serviços antigos ou tentar criar novos, acarretando a desaceleração da inovação, a perda da concorrência de qualidade e a estagnação geral da indústria. Portanto, além da possibilidade de imposição de preços excessivos em uma perspectiva estática, a eficiência dinâmica também pode ser comprometida (KHAN, 2017).

O risco que a fusão traz ao processo competitivo não se limita ao fechamento dos mercados e as barreiras à entrada, se estende também ao fortalecimento da posição dominante no ecossistema controlado pelo agente detentor de um massivo poder econômico. Isso ocorre pelos novos serviços trazerem valor aos consumidores, que o consideram como um complemento do serviço principal, ou por atraírem um número crescente de usuários (CRÉMER; MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019).

As plataformas dominantes exercem múltiplas funções e geralmente controlam um ecossistema que se beneficia dos fortes efeitos de rede, os quais se tornam verdadeiras barreiras à entrada. Diante disso, é necessária a aplicação de novos limites, os quais podem ser restritos aos casos de forte dominância de um agente econômico, nos quais a possibilidade de entrada no mercado é extremamente limitada.

Evidencia-se que as grandes plataformas digitais detêm não apenas poder econômico, como o possuem em um sentido que ultrapassa todas as noções tradicionais, as quais estão normalmente centradas na capacidade de aumentar preços de produtos ou serviços ou reduzir ofertas. Diante disso, a variedade, a extensão e o impacto do poder econômico e político das plataformas digitais é tão grande que muitos já as colocam em patamar semelhante ao dos Estados (FRAZÃO, 2021).

O modelo de negócios das plataformas é propenso à formação de monopólios naturais<sup>8</sup>. Nesse aspecto, a partir do momento em que se reconhece que estes agentes, em razão dos dados que detêm e da posição que exercem na economia movida a dados, reúnem expressivo poder econômico, não há como deixar de recorrer ao Direito da Concorrência, cuja missão essencial é, precisamente, o controle do poder econômico, independentemente da sua origem ou da forma como se estrutura (FRAZÃO, 2021).

#### **4. O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E A LEI 12.529/2011 COMO INSTRUMENTOS DE PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS DOS CONSUMIDORES**

O funcionamento monopolístico do mercado de dados faz despontar situações inéditas na realidade da economia, que despertam o interesse e a necessidade de atualizar os estudos e as teorias quanto ao tema, bem como as políticas econômicas e de antitruste, visto que, o exame antitruste pautado exclusivamente no aspecto estático do preço pode não registrar danos anticompetitivos que têm como base a exploração de dados.

Na transição para a economia movida a dados, a aquisição de um elevado poder econômico em decorrência do emprego do Big Data por determinados agentes econômicos ensejou uma enorme

<sup>8</sup> O monopólio natural surge por forças das condições naturais do mercado, e pode se consolidar em razão das altas barreiras de entrada em um segmento, bem como, estar relacionado a fortes economias de escala na condução dos negócios em um determinado segmento.



concentração de mercado no meio digital, o que se convencionou chamar de “data-opólios”, os quais se diferenciam dos monopólios comuns, pois o poder não é exercido pela cobrança de preços mais altos aos consumidores, mas sim por meio de distorções para além do valor pecuniário, as quais afetam a privacidade e a autonomia de consumidores (EZRACHI; STUCKE, 2018).

Diante disso, a Comissão Europeia já considera as dificuldades na definição do mercado relevante e da análise de participação no mercado (marketshare) nos mercados digitais. Portanto, defende a aplicação mais flexível desses conceitos, com foco no funcionamento dinâmico do mercado digital (TURGOT, 2021).

As maiores plataformas do mundo, como a Google, Apple, Microsoft, Amazon e o Facebook, estão investindo diretamente em extração, processamento e armazenamento de dados, e possuem uma massiva vantagem, visto que, são corporações com alcance global. Desse modo, autoridades antitrustes na Europa já vêm adotando a concepção de que a posição dominante no mercado digital com base em dados exige um tratamento diferenciado (BAGNOLI, 2021).

As plataformas a preço zero se sentem livres para cobrar “preços” - medidos em termos de excesso de dados - cada vez mais altos, o que não ocorreria se monetizassem a sua atividade explicitamente. Desse modo, uma prática abusiva comumente exercida por empresas em posição de dominação é o uso do acesso privilegiado a ricas bases de dados para distorção do processo competitivo (KIRA; COUTINHO, 2021).

Nesse sentido, não se pode desconsiderar o funcionamento, as características e os problemas concorrenciais específicos do mercado digital, incluindo os agentes envolvidos, os seus interesses, a existência de barreiras à entrada, o poder de mercado, o exercício da posição dominante, e o acesso a amplas bases de recursos como dados, o qual pode restringir o incentivo à inovação (BAGNOLI, 2021).

Em vista disso, é necessário refletir sobre a importância de afastar a abordagem antitruste tradicional de definir o poder de mercado a partir da parcela de mercado controlada, a qual é inadequada para abarcar a realidade da Nova Economia. Essa abordagem, ainda predominantemente voltada para a análise de preços, desconsidera um elemento essencial do poder de mercado nestes setores, que é a ameaça real ou potencial de inovações drásticas para a tomada de liderança (BAQUEIRO, 2020).

Embora a inovação se coloque como um elemento relevante da competição em qualquer setor econômico, a diferença das plataformas digitais é que os investimentos em inovações são o principal input do processo competitivo, que se desenvolve a partir da oferta de novos produtos e serviços que geram um significativo excedente de oferta ao consumidor. Ademais, a concorrência entre plataformas muitas vezes acaba se desenvolvendo apenas nas dimensões de qualidade e de inovação, visto que se trata de um mercado a “preço zero”. Dessa forma, estas particularidades tornam as discussões sobre inovação fundamentais para o debate sobre a política de defesa da concorrência em mercados digitais (FERNANDES; SILVEIRA, 2020).

A consolidação de uma moldura antitruste que privilegie a inovação enfrenta desafios teóricos consideráveis. Nas últimas duas décadas, vários especialistas do direito da concorrência têm argumentado que, em setores submetidos a intenso dinamismo tecnológico, a centralidade da inovação exige o abandono, ou pelo menos a relativização, de alguns dos dogmas tradicionais da teoria

de mercados contestáveis, como a própria noção de concorrência perfeita típica da Escola de Chicago (BAQUEIRO, 2020).

É imprescindível considerar o papel da concorrência potencial em mercados inovadores. Em setores como o de alta tecnologia, os competidores não são constrangidos apenas pelos concorrentes no mercado, visto que há também uma forte constrição por parte de concorrentes desconhecidos, que podem investir em pesquisa e desenvolvimento e adentrar o mercado com uma inovação. Em vista disso, a inquirição quanto ao poder de mercado na Nova Economia deve incluir uma análise quanto ao vigor da competição dinâmica e potencial (BAQUEIRO, 2020).

A política antitruste deve se atentar ao momento em que empresas iniciantes, com uma base de usuários em rápido crescimento, mesmo que ainda não gerem volume de negócios suficiente para serem percebidas pelos critérios tradicionais de faturamento, refletem seu potencial competitivo pelo manejo de dados.

Em muitos casos, esses potenciais competidores são adquiridos por empresas dominantes no mercado, e com isso, encerram ou alteram a sua atividade produtiva, para atender aos interesses das empresas dominantes, as quais objetivam descontinuar a produtividade rival e prevenir a competição futura, razão pela qual essas transações ficaram conhecidas como “aquisições assassinas”, pois acabam excluindo um potencial rival do mercado (TURGOT, 2021).

Nestes casos, a análise antitruste é legítima em decorrência de preocupações quanto ao reforço da posição dominante, suscetível de ser exercida abusivamente, e do impedimento significativo da concorrência, o que se torna alarmante quando há um padrão sistemático de atos de concentração pelas grandes plataformas digitais.

Note-se que a Lei 12.529/2011 prevê que se presume a existência de posição dominante “sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado” (§2º. Art. 36), o que permite que se combatam monopólios e outras práticas restritivas no mercado de exploração de dados, bem como por meio de concentrações econômicas.

Assim, a intervenção é viável quando se observar que a fusão de um entrante potencial com uma incumbente<sup>9</sup>, privaria o mercado de uma desconcentração e do acirramento da competição futura. Cumpre observar que não há necessidade de sobreposição direta entre as atividades das empresas no momento da operação, mas, sim, que uma concorrência direta entre elas seria provável caso a transação não acontecesse. Desse modo, a análise de entradas está associada à avaliação da possibilidade e da probabilidade de rivalidade futura entre as partes envolvidas no ato de concentração (FRAZÃO; SANTOS, 2020).

A literatura dominante sobre o tema sustenta que a detenção de poder de mercado por plataformas digitais seria naturalmente relativizada pelas forças da competição dinâmica, pelo desenvolvimento de novos produtos, de modo que as agências antitruste deveriam evitar empreender intervenções repressivas quando não estiverem presentes os pressupostos e as evidências que tradicionalmente orientam o controle de condutas abusivas (FERNANDES; SILVEIRA, 2020).

De forma alternativa, parte minoritária da literatura tem proposto que o estímulo à inovação nos mercados digitais depende ativamente da manutenção de níveis adequados de concorrência e

<sup>9</sup> Nesse sentido, relevante é a concepção de competição dinâmica, a qual atribui maior ênfase à concorrência potencial como método efetivo de análise. Sendo assim, entende-se que, quando as empresas tradicionais – incumbentes – se fundem com startups responsáveis por desenvolver o vetor inovação, a competição plena acaba por ser prejudicada.

que, por isso, o controle de concentração deve ser ampliado para abranger a repressão de práticas exclusionárias com efeitos sobre os estímulos a inovar. Essa vertente sustenta que práticas exclusionárias adotadas por plataformas digitais podem retardar a introdução de novos produtos e serviços em mercados atuais e futuros, mesmo quando não são detectadas pelos filtros e pelas metodologias da análise antitruste tradicional (FERNANDES; SILVEIRA, 2020).

Por isso a importância do desenvolvimento de uma versão qualificada da teoria do dano que descreve riscos à inovação pela perda de um competidor potencial. Sendo assim, esses atos de concentração devem preocupar a autoridade antitruste, não apenas por reduzirem as restrições competitivas no mercado em questão, ao retirarem do mercado uma empresa cujas tecnologias poderiam ter desafiado o operador dominante, mas também por eliminar um produto do mercado, restringindo a escolha de consumidores (KIRA, COUTINHO, 2021).

Nesse sentido, a aquisição de um entrante por uma incumbente pode levar a perda da concorrência potencial, como também de um produto ou serviço inovador ou potencialmente disruptivo (KIRA, COUTINHO, 2021).

Em vista dessa situação de incerteza, dinamismo e hostilidade competitiva, atenta-se para a insuficiência das leis antitruste atuais em lidar com essa realidade. Se as interações competitivas se desenvolvem em uma dinâmica inédita, é preciso que o direito da concorrência lance mão de abordagens que sejam capazes de apropriadamente enfrentar o fenômeno. O ideal de competição perfeita em mercados de competição dinâmica, portanto, é inadequado para garantir o bem-estar do consumidor e o desenvolvimento econômico (BAQUEIRO, 2020).

A aplicação das normas de direito da concorrência deve levar em conta as diferenças entre as indústrias da Nova Economia e as indústrias tradicionais, a fim de que as políticas antitruste reflitam as características dos setores que são dinamicamente competitivos, em contraposição aos estaticamente competitivos.

É por essa razão que uma corrente de revitalização do antitruste vem defendendo uma análise fundamentada na neutralidade do processo competitivo e na abertura das estruturas de mercados, com vistas a uma melhor percepção do estado da concorrência.

A questão básica consiste em verificar se o ato representa uma competição pelo mérito ou um esforço para desabilitar ou subverter o processo competitivo. Na nova economia, portanto, é fortalecida a preocupação de que os mercados sejam mantidos abertos e de que os recém-chegados tenham uma chance. A partir dessas considerações, a concorrência potencial é uma diretiva possível de ser observada em relação às integrações verticais e conglomerados (FRAZÃO; SANTOS, 2020).

Considerando que a inovação anda cada vez mais próxima e associada à concorrência, fazendo surgir novas práticas, modalidades e estratégias de competição, é preciso agora notar a inovação a partir de novos olhares e reconhecer que ela também deve ser analisada por referenciais concorrenciais. A inovação não pode estar alheia ao escopo da análise antitruste. Em verdade, é importante tomar a inovação como um legítimo padrão para análises concorrenciais, uma vez que ela condiciona dinâmicas de competição e estruturas de mercado distintas, que incitam a necessidade de revisar e, possivelmente, reformular os pressupostos e abordagens tradicionais do direito antitruste.

Não obstante, se, por um lado, a expectativa de retornos extraordinários induz a inovação, por outro, a abertura do processo competitivo e a possibilidade de novas entradas são cruciais para

o processo de inovação. Dessa forma, na análise de condutas abusivas, observa-se que o que deve ser investigado não é se as estruturas de mercado mais ou menos concentradas são mais ou menos propensas à inovação, mesmo porque não é função do antitruste construir a política de inovação nos mercados. A discussão que se coloca é se uma conduta anticompetitiva que tem o potencial de excluir um rival é eventualmente capaz de beneficiar os consumidores ao promover a inovação ou de prejudicá-los retardando-a (BAQUEIRO; 2020).

O bem-estar do consumidor envolve não apenas os custos, mas a qualidade do produto, a variedade e a inovação. Proteger esses interesses requer uma concepção mais ampla de bem-estar do consumidor do que a atual. Assim sendo, a ideia de bem-estar do consumidor, na qual o direito antitruste é baseado, não deve mais estar restrita apenas à proteção contra o aumento de preços, é necessário que esta concepção abranja outras esferas de proteção, como a preservação da sua individualidade, identidade e cidadania (FRAZÃO, 2021).

Demonstra-se, portanto, a necessidade de ampliação do conceito de bem-estar do consumidor para além da eficiência econômica, resgatando a importância da sua proteção ampla, para que ocorra tanto por meio da tutela da sua liberdade econômica, individualidade e controle sobre seus dados, como por meio da tutela do próprio processo competitivo.

Esta breve incursão teórica revela que a superação dos axiomas “estáticos” da Escola de Chicago possibilita que a política antitruste repressiva seja redirecionada para combater atos abusivos que prejudicam o consumidor, ao obstar que rivais atuais ou concorrentes potenciais concorram para o desenvolvimento de novos produtos e serviços nos mercados de alta tecnologia.

Conforme pontua a European Data Protection Board (EDPB)<sup>10</sup>, entidade central que reúne os representantes de todas as autoridades de proteção de dados da União Europeia, sempre que um ato de concentração significativo é proposto, é essencial avaliar implicações a longo prazo para a preservação da economia, dos dados e dos direitos do consumidor, tendo em vista que o aumento da concentração de mercado, particularmente nos digitais, tem o potencial de ameaçar o nível de proteção de dados e a liberdade de que gozam os consumidores.

Nas aquisições e fusões de empresas que possam acumular grande poder informacional, a salvaguarda de dados e os interesses de privacidade dos indivíduos merecem atenção. As empresas dominantes no mercado de dados possuem incentivos para adotar configurações de privacidade mais baixas, permitindo o processamento de dados sem consentimento explícito do usuário. Essa degradação da qualidade pode ser observada nas ferramentas de buscas, as quais possuem incentivos para priorizar a coleta de dados e mostrar no topo da tela os resultados que geram mais receita de anúncios por click, ao invés de fornecer os resultados de pesquisa mais relevantes (KIRA; COUTINHO, 2021).

Diante disso, é imprescindível que, o escopo da coleta de dados, na medida em que afeta a privacidade do consumidor, seja observado como uma medida de qualidade do produto. Sendo assim, uma diminuição unilateral no controle do usuário sobre os dados pode ser considerada uma degradação da qualidade do produto, resultando em um dano potencial e em prejuízos poupáveis (KIRA; COUTINHO, 2021).

Não obstante, reconhecer a natureza multifacetada do bem-estar do consumidor para além

10 Ver: Statement Of The EDPB on the data protection impacts of economic concentration. Disponível em: [https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb\\_statement\\_economic\\_concentration\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_statement_economic_concentration_en.pdf)





da eficiência econômica e a relevância das estruturas de mercado para a promoção do processo competitivo não significa ampliar de forma indesejável ou atribuir excessivo subjetivismo às funções do direito antitruste, mas, sim, compreender o uso de dados como fonte de exercício do poder econômico, o que, repita-se, encontra amparo na Constituição brasileira e na Lei 12.529/2011.

Em circunstâncias nas quais a degradação da privacidade ocorre por meio do exercício do poder de mercado, há uma justificativa legítima para as autoridades de concorrência abordarem a privacidade como uma preocupação antitruste. Se os consumidores valorizam a privacidade como uma característica desejável, a sua redução é análoga a uma redução na qualidade do serviço prestado. Em mercados em que consumidores se preocupam com coleta e uso de seus dados, a proteção da privacidade está relacionada à competição pela qualidade (OCDE, 2016).

Por fim, compreende que as autoridades independentes de proteção de dados podem ajudar na avaliação de tal impacto para o consumidor ou a sociedade em geral, em termos de privacidade, liberdade de expressão e escolha. Essa verificação pode ser integrada à análise realizada pelas autoridades da concorrência.

Diante disso, para aqueles que sustentam que o objetivo único do direito da concorrência seja a maximização do bem-estar do consumidor, este não deve ser compreendido apenas sob a ótica do preço, sendo necessária a inclusão de outros aspectos que compõem a proteção do consumidor. Tal raciocínio torna-se ainda mais imperioso em se tratando dos dados pessoais, diante da importância destes para os usuários e dos sérios impactos que poderão trazer para as suas vidas e para a vida em sociedade (FRAZÃO; SANTOS, 2020).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo procurou demonstrar a necessidade de evolução do direito da concorrência diante da extensão do poder econômico decorrente do mercado baseado em dados, com amparo na atual lei antitruste brasileira, cuja interpretação deve ser ampliada.

Com o processamento de uma grande quantidade de dados pessoais baseados no comportamento e a conseqüente extração de informações sensíveis, a vigilância dos usuários é uma característica intrínseca à economia movida a dados. Nessa condição, agentes econômicos tendem a utilizar vantagens competitivas advindas do manejo de dados para reforçar sua posição dominante e, muitas vezes, monopolista.

Observou-se, quanto às plataformas digitais, a tendência de um mercado resistente a entrada de novos concorrentes e ao estímulo a inovação, o que resulta na intensificação de concentrações de mercado e de barreiras às entradas com distorções para além do preço, alcançando a privacidade e autodeterminação dos consumidores. Por essa razão, é necessário efetuar uma análise adequada sobre a possibilidade de as grandes plataformas digitais utilizarem o poder de informação que possuem para alcançar objetivos e interesses próprios, em detrimento da proteção e bem-estar do consumidor.

Diante da complexidade da problemática, o direito da concorrência não pode abrir mão do seu papel de intervir nas questões em que a utilização dos dados leve a abusos de posição dominante ou a concentrações injustificáveis.

Demonstrou-se que a Lei 12.529/2011 tem por finalidade, além da proteção da livre concorrência, a repressão ao abuso do poder econômico contra o consumidor, protegendo-o contra agentes dominantes, nos exatos termos do que estabelece a Constituição de 1988, nosso diferendo da lei americana que visa à tutela da concorrência, o que resta expresso no art. 36, caput e incisos, especialmente o inciso III.

Trata-se, portanto, de uma questão que exige atuação conjunta e convergente entre direito da concorrência e da proteção de dados, inclusive para efeitos da necessária readequação da interpretação e da metodologia do primeiro e da construção de caminhos para uma atuação harmoniosa entre as respectivas autoridades. Daí a importância de se considerar a privacidade, a proteção de dados e a concorrência conjuntamente, tendo em vista a harmonia e a unidade que se espera do sistema jurídico como um todo.

Finalmente, cumpre ressaltar que a noção de bem-estar do consumidor está além do aspecto preço. A partir do reconhecimento de que os dados são fontes de poder econômico, é necessária a superação do reducionismo da Escola de Chicago, incluindo a tutela do próprio processo competitivo com a proteção do consumidor em relação à inovação, qualidade e diversidade.

## REFERÊNCIAS

BAQUEIRO, Paula. **Competição, inovação e antitruste na Nova Economia: novas dinâmicas competitivas e a necessidade de revisitação dos pressupostos analíticos do direito da concorrência**. In: MENDES, Laura Schertel; ALVES, Sérgio Garcia; DONEDA, Danilo (coord.). *Internet & Regulação*. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

BAGNOLI, Vicente. Designing competition policy in digital markets for developing economies: How the EU can contribute with the digital markets act and digital services act. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 133-158, 2021.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. **O constitucionalismo social: a constituição como instrumento jurídico de contenção do poder econômico**. In: CASTARDO, Hamilton Fernando; CANAVEZZI, Gustavo Escher Dias; NIARADI, George Augusto (coord.). *Lições de Direito Constitucional em homenagem ao Prof. Dr. Sérgio Resende de Barros*. Campinas: Millennium, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://bit.ly/2JEWHiA>. Acesso em: 7 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. 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. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/30m27Fi>. Acesso em: 12 jan. 2021.

CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; Heike, SCHWEITZER. **Competition Policy for the digital era**. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3E7hcwe>. Acesso em: 29 mar. 2022. E-book.

EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. eDistorcions: how data-opolies are dissipating the internet's



potential. In: ROLNIK, Guy (ed.). **Digital Platforms and Concentration**. Chicago: Chicago Booth School of Business, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3jwEYIx>. Acesso em: 19 jan. 2022. p. 5-7. [recurso eletrônico].

FERNANDES, Víctor Oliveira; SILVEIRA, Paulo Burnier da. Antitruste e inovação nos mercados digitais: abordagens para a análise de condutas exclusionárias. In: MENDES, Laura Schertel; ALVES, Sérgio Garcia; DONEDA, Danilo (coord.). **Internet & Regulação**. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

FRAZÃO, Ana. Big Data e aspectos concorrenciais do tratamento de dados pessoais. In: MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo; SARLET, Ingo Wolfgang; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Tratado de proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 535-552.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: Pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza Mendonça da Silva Belo. Plataformas Digitais e o Negócio de Dados: Necessário Diálogo entre o direito da concorrência e a regulação de dados. **Revista de Direito Público**, Brasília, v. 17, n. 93, p. 58-81, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3KF9LyR>. Acesso em: 17 jul. 2021.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 8. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HAN, Byung-Chul. **Psicopolítica: O neoliberalismo e as novas técnicas de poder**. Tradução de Maurício Liesen. Belo Horizonte: Âyiné, 2018.

KAHN, Lina. Amazon's Antitrust Paradox. **Yale Law Journal**, Yale, v. 126, n. 710, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3xtFiQr>. Acesso em: 24 jan. 2022.

KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. Ajustando as lentes: Novas teorias do dano para plataformas digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 82-103, 2021.

KOURY, Suzy Cavalcante. **O princípio da economicidade na obra de Washington Peluso Albino de Souza**. Revista da Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, n. especial em memória do prof. Washington Peluso Albino de Souza, p. 445-463, 2013.

MAZZUCATO, Mariana. O valor de tudo: Produção e apropriação na economia global. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2020

MOURÃO, Carlos; NOVAIS, Leandro. A proteção de dados pessoais à luz do direito concorrencial: Portabilidade de dados, infraestruturas essenciais e open banking. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 31-53, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3xjLLHk>. Acesso em: 24 jan. 2022.

O'NEIL, Cathy. **Algoritmos de destruição em massa**: Como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia. Tradução de Rafael Abraham. Santo André: Rua do Sabão, 2021.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Big Data**: Bringing Competition Policy to the Digital Era. [S. l.]: OECD, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3dOKZvB>. Acesso em: 24 jan. 2022.

PASQUALE, Frank. **The Black Box society**: The secret algorithms that control Money and information. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015.

STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allan P. **Big Data and Competition Policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Teoria da Constituição Econômica. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TURGOT, Claire. Killer Acquisitions in Digital Markets: Evaluating the Effectiveness of the EU Merger Control Regime. **European Competition and Regulatory Law Review**, v. 5, n 2, p. 112-121, 2021.

WU, Tim. The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads. Nova Iorque: Knopf, 2016.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**: A luta por um futuro humano na nova fronteira do poder. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2021.

#### **SUZY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY**

A autora foi responsável pelo projeto e esboço inicial (conceptualization), redação (writing-original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing-review and editing), aprovação da versão final (final version approval).

#### **LIS ARRAIS OLIVEIRA**

A autora foi responsável pelo projeto e esboço inicial (conceptualization), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing-original draft) e participação ativa nas discussões dos resultados (validation).

#### **COMO CITAR ESTE ARTIGO:**

KOURY, Suzy; OLIVEIRA, Lia Arrais. Novos Rumos do Direito da Concorrência: O Controle do Monopólio e a Proteção ao Consumidor na Economia de Dados Pessoais com base na Lei 12.529/2011. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 87-108, 2022. **DOI**: <https://doi.org/10.52896/rdc.v10i1.970>. Disponível em: . Acesso em: dia mês. ano



# 6

## A POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DE IMUNIDADE CRIMINAL AO SIGNATÁRIO DOS TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE CONDOTA NO CADE<sup>1</sup>

The Possibility of Granting Criminal Immunity to the Cease and Desist Agreement Applicant

Alexandre Barreto de Souza<sup>2</sup>

Universidade de Brasília (UNB/DF) - Brasília/DF, Brasil

Raquel Mazzuco Sant'Ana Possamai<sup>3</sup>

Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC/SC) - Santa Catarina/SC, Brasil

Waldir Alves<sup>4</sup>

Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS/RS) - Porto Alegre/RS, Brasil

### RESUMO ESTRUTURADO

**Contextualização:** O artigo analisa a possibilidade de concessão de imunidade criminal ao signatário do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC) junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), mediante a também assinatura de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) junto ao Ministério Público, em casos de cartel.

**Objetivo:** Analisar a possibilidade de concessão de imunidade criminal ao signatário do TCC no Cade

**Editor responsável:** Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braidó, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

**OCIRD:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

1 **Recebido em:** 28/03/2022 **Aceito em:** 24/05/2022 **Publicado em:** 09/06/2022

2 Doutorando em Ciência Política pela Universidade de Lisboa, mestre em Administração Pública pela Universidade de Brasília, especialista e bacharel em Administração Pública pela Universidade de Brasília. Funcionário público de carreira desde 1993, foi presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica de 2017 a 2021 e atuou em órgãos como Tesouro Nacional, Receita Federal, Senado Federal e Tribunal de Contas da União (TCU). **E-mail:** alexandre.barreto@cade.gov.br. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/4965391777998697>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-3395-6581>.

3 Doutoranda em Direito Econômico pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC.) Mestrado em Direito Econômico (interrompido) pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Especialização em Ciências Criminais Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC). Especialização em Defesa da Concorrência e Direito Econômico (em andamento) Fundação Getúlio Vargas (FGV). Graduação em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Coordenadora-Geral de Análise Antitruste na SG/Cade. **Email:** raquel.mazzuco@cade.gov.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/3300004683185243>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-1052-0416>.

4 Doutor em Direito do Estado e Teoria do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Representante Titular do Ministério Público Federal (MPF) junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Procurador Regional da República. Membro Suplente da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Ordem Econômica e Consumidor). Especialista em Direito Tributário pela Fundação Universidade Regional de Blumenau (FURB). Professor da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Professor convidado da Pós-Graduação LL.M. em Direito da Fundação Getúlio Vargas (FGV). **E-mail:** alveswaldir@hotmail.com. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/9173197745708860>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-2405-2580>.

por meio de cooperação com o Ministério Público.

**Método:** O objetivo pode ser alcançado através da análise de acordos específicos firmados com o Cade em junho de 2021, conjuntamente com o Ministério Público do Rio Grande do Sul, por meio de celebração de ANPPs.

**Resultados:** Através da atuação conjunta da Autoridade Concorrencial com o Ministério Público, em especial na celebração dos TCCs negociados pela Superintendência-Geral no caso de cartel específico, foi concedida a extinção da punibilidade criminal para as pessoas físicas signatárias.

**Conclusões:** A celebração conjunta do TCC com o Cade e do ANPP com o Ministério Público traz efetividade para o sistema de acordos de colaboração premiada do Cade, bem como aprimoramento à política de repressão a cartéis no Brasil.

**Palavras-Chave:** Imunidade Criminal. Termo de Compromisso de Cessaç o (TCC). Acordo de N o Persecu o Penal (ANPP). Coopera o interinstitucional. Direito Antitruste. Direito Penal.

## STRUCTURED ABSTRACT

**Contextualization:** The paper addresses the possibility of the Brazilian antitrust authority, CADE, granting criminal immunity to the applicant of a Cease and Desist Agreement (TCC) when they also sign a Non-Prosecution Agreement (ANPP) with the Prosecution Services in cartel cases.

**Objective:** To analyze the possibility of CADE granting criminal immunity to the applicant of a Cease and Desist Agreement in cooperation with the Brazilian Prosecution Services.

**Method:** The analysis of specific agreements applicants signed with CADE in June 2021 and Non-Prosecution Agreements executed with the Prosecution Services of the state of Rio Grande do Sul.

**Results:** Through the joint work of the two authorities, particularly in negotiating Cease and Desist Agreements with CADE's Office of the Superintendent General in a particular cartel case, the applicants were granted criminal immunity.

**Conclusions:** By simultaneously signing Cease and Desist Agreements with CADE and Non-Prosecution Agreements with the Prosecution Services, CADE leverages its agreement system and the anti-cartel policy improves in Brazil.

**Keywords:** Criminal Immunity. Cease and Desist Agreement. Non-Prosecution Agreement (ANPP). Inter-institutional cooperation. Antitrust Law. Criminal Law.

**C digo de classifica o JEL:** K21

**Sum rio:** 1. Introdu o; 2. A negocia o dos Termos de Compromisso de Cessa o de Conduta no Cade; 3. A possibilidade de negocia o conjunta de Termos de Compromisso de Cessa o de Conduta e Acordos de N o Persecu o Penal entre Cade e Minist rio P blico; 4. Os Termos de Compromisso de Cessa o de Conduta celebrados em cartel: garantia da imunidade criminal ao investigado; 5. Considera es finais; 6. Refer ncias Bibliogr ficas.

## 1. INTRODU O





A garantia da imunidade criminal ao signatário (investigado ou representado em Procedimento Administrativo Sancionador junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade) não é um benefício previsto para o celebrante do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC). No entanto, como evolução natural da cooperação entre Cade e Ministério Público, uma forma inédita encontrada pela Autoridade Antitruste em garantir ao administrado a extensão dos benefícios do acordo, foi a negociação concomitante, em um caso concreto, de acordos de TCC e Acordo de Não-Persecução Penal (ANPP) que garantirão às pessoas físicas signatárias, se cumpridos os requisitos dos acordos, tanto o arquivamento dos Processos Administrativos junto ao Cade, quando a extinção da punibilidade no âmbito criminal.

O presente artigo, portanto, apresenta como ferramenta jurídico processual a cooperação entre a Autoridade Concorrencial, Cade, que possui jurisdição em todo território nacional<sup>5</sup> e o Ministério Público, Instituição Permanente conforme previsão constitucional<sup>6</sup>, por meio da negociação simultânea de acordos de TCCs e ANPPs, no âmbito do combate a condutas colusivas, especialmente o cartel, que configura tanto infração administrativa quanto tipo penal específico, previsto pela Lei nº 8.137/1990 (BRASIL, 1990).

Para tanto, primeiramente, será traçado breve histórico da inserção dos TCCs no ordenamento jurídico pátrio, bem como será abordada a evolução dos métodos de negociação dos TCCs, incluindo a melhoria dos incentivos tanto ao administrado que venha a celebrar acordos com o Cade, quanto à Autoridade Antitruste, por meio do robustecimento das investigações em Processos Administrativos Sancionadores de repressão a condutas colusivas.

No segundo momento, trataremos do cerne da pesquisa, qual seja, a interessante e inovadora possibilidade de concessão de imunidade criminal ao signatário de TCC, através da celebração concomitante do ANPP com o Ministério Público, titular da Ação Penal para o crime de cartel. Para tanto, verificar-se-á a base legislativa do instrumental processual, exemplificando a sua natureza jurídica, o cabimento da medida e os principais efeitos da referida concessão da imunidade criminal pela via do ANPP.

Por fim, com base nas pesquisas analisadas e na prática concorrencial, será procurado demonstrar a efetiva possibilidade de garantir ao investigado a extinção da punibilidade criminal para o crime de cartel, conforme análise a ser procedida em caso concreto de cartel específico<sup>7</sup>, analisado pela Coordenação Geral de Análise Antitruste 6, da SG/Cade, no qual foram celebrados quatro TCCs em junho de 2021. Os referidos termos foram celebrados conjuntamente e de forma inédita com o Ministério Público, que de forma concomitante firmou ANPPs com quinze investigados na seara criminal, referente ao mesmo caso.

Ao final, com base nos acordos firmados, será verificada a efetividade da colaboração conjunta entre o Cade e o Ministério Público em casos de cartel, bem como se essa cooperação pela via de negociação conjunta de TCCs e ANPPs pode gerar benefícios ao administrado.

---

5 A Lei Federal 12.529/2011 estabelece a jurisdição Federal da Autarquia nos seguintes termos: Art. 4º O Cade é entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei (BRASIL, 2011).

6 A Constituição da República Federativa do Brasil consagra o Ministério Público como Instituição Permanente no artigo 127, que assim dispõe: O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

7 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.004404/2016-62.

## 2. A NEGOCIAÇÃO DOS TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE CONDUTA NO CADE

Dentre os diversos tipos de acordo que podem ser firmados pelo Cade, merece destaque o TCC, o qual tem se revelado um importante instrumento na política de combate a condutas anticoncorrenciais no Brasil, especialmente os cartéis. Trata-se de um termo firmado entre a Autoridade Antitruste e acusados ou investigados (empresas e/ou pessoas físicas) por conduta que possa afrontar a Ordem Econômica, com o fito de cessar a prática investigada, bem como seus efeitos prejudiciais à concorrência<sup>8</sup>.

A celebração de acordos como o TCC tem sido uma prática cada vez mais frequente, como forma de fazer cessar condutas investigadas pelo Cade. Para o Cade “as resoluções consensuais com as partes, além de produzirem efeitos imediatos, diminuem a possibilidade de a decisão do Conselho ser levada posteriormente à Justiça” (BRASIL, 2013, p. 129), o que representa fortalecimento institucional e eficiência no controle de condutas, pela economia de recursos investigados e por minimizar o tempo de persecução processual.

Além do mais, a negociação de TCCs encontra-se em alinhamento com as melhores práticas internacionais, podendo ser destacado como instrumento capaz de produzir resultados benéficos tanto para os agentes de mercado quanto para o próprio Estado (MARRARA, 2015, p. 379).

Tanto é assim que, em 2019, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OECD, 2019) reconheceu os aspectos positivos elencados no Guia do Cade referente ao Termo de Compromisso de Cessação de Conduta para casos de cartel, indicando que o referido trabalho proporciona maior transparência e previsibilidade, estabelecendo a prática e os parâmetros já utilizados pelo Cade na negociação de acordos de cessação e desistência nos últimos anos.

De acordo com a própria OCDE, as diretrizes também detalham o método de avaliação do nível de cooperação dos proponentes a fim de estabelecer a percentagem de desconto, bem como os critérios utilizados para calcular a “estimativa da multa”. Vale ressaltar que o referido Guia de TCC, elaborado pelo corpo técnico do Cade, o qual é reflexo direto da atuação da Autarquia, recebeu o prêmio “Melhor Instrumento de *Soft Law*” (Cade, 2016) pela *Antitrust Writing Awards* na categoria de Práticas Concertadas.

No entanto, referido instrumento precisa se adaptar à realidade dos investigados para que, dentro da conveniência e oportunidade da Administração, continue gerando incentivos que resultem na celebração de acordos a cada vez com mais segurança e previsibilidade às partes. Nesse sentido, é importante entender o conceito do referido termo, e também como se dá o procedimento de negociação junto à Autoridade Antitruste para, então, analisarmos as possíveis evoluções em se tratando de cooperação interinstitucional e concessão de benefícios ao signatário.

A celebração do TCC consiste em suspender o prosseguimento da investigação em relação ao signatário durante o cumprimento dos termos do acordo em troca do cumprimento das obrigações previstas no termo. O TCC tem previsão no Ordenamento Jurídico Antitruste desde a Lei nº 8.884/1994, permitida a qualquer tipo de conduta. Com a Lei nº 10.149/2000, os TCCs ficaram vedados para casos de cartéis, o que voltou a ser autorizado posteriormente com a alteração introduzida pela Lei nº

8 Na perspectiva do Direito da Concorrência apresentada como centro de preocupação do Direito Econômico (FONSECA, 2015, p. 318).



11.482/2007.

Até 2012, o Cade já havia celebrado mais de quarenta TCCs em investigações em andamento para cessar práticas potencialmente prejudiciais ao mercado, à concorrência e ao consumidor (BRASIL, 2016a). Na Lei nº 12.529/2011, a celebração do acordo está prevista no art. 85, o qual expressa que “o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei” (BRASIL, 2011).

É de se destacar que em 2016, o Cade e o Grupo De Combate a Cartéis da Procuradoria da República em São Paulo (PRSP/MPF) firmaram o Memorando de Entendimento nº 01/2016 (BRASIL, 2016c), o qual tratou da coordenação institucional envolvendo Termos de Compromisso de Cessação e Acordos de Colaboração em Investigações de Infrações contra a Ordem Econômica.

O referido Memorando expôs de forma clara as duas formas premiais no processo administrativo sancionador, quais sejam: (i) Acordo de Leniência; e (ii) Termo de Cessação de Conduta (TCC); elencado pontualmente: 1. Objetivo; 2. Cooperação e Coordenação; 3. Proposta de Negociação; 4. Independência entre as Instâncias; 5. Celebração; e 6. Garantias.

Além do Memorando nº 01/2016, o Cade e o Ministério Público do Estado de São Paulo (MP/SP) firmaram o Memorando de Entendimento nº 29/2019 (BRASIL, 2019a), que tratou da coordenação institucional envolvendo Termos de Compromisso de Cessação e Acordos de Colaboração em Investigações contra a Ordem Econômica.

O Memorando nº 29/2019 pontua de forma categórica as diferentes modalidades de colaboração pelos agentes econômicos envolvidos em apurações de condutas nocivas à Ordem Econômica com reflexos imediatos na seara penal, a saber: (i) Acordo de Leniência<sup>9</sup>; (ii) Acordo de Colaboração Premiada<sup>10</sup>; e (iii) Confissão qualificada pela delação<sup>11</sup>.

Na presente pesquisa, buscar-se-á relacionar a possibilidade de negociação simultânea da proposta de TCC conjuntamente com o ANPP, razão pela qual prosseguiremos a análise dos procedimentos da primeira forma premial, relativa ao processo administrativo sancionador.

As propostas de TCC direcionadas à Autoridade Concorrencial, são recebidas pelo Cade em fila única, por meio de sistema de senhas chamado “*markers*”, para a mesma conduta anticompetitiva investigada. Além disso, o requerimento de TCC poderá ser solicitado somente uma única vez (*one shot only*) e não suspende o andamento do processo administrativo referente à investigação da conduta investigada (objeto do TCC). No entanto, enquanto estiver sendo cumprido o compromisso do acordo, o processo ficará suspenso em relação ao signatário, sendo arquivado quando atendidas as condições estabelecidas e decorrido o prazo fixado. O processo administrativo tramitará normalmente em relação aos demais representados não signatários.

O requerimento do acordo deve ser proposto mediante os requisitos mínimos legais<sup>12</sup>, sendo

9 Art. 86 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011).

10 Art. 4º da Lei nº 12.850/2013, que pode vir a auxiliar na persecução das infrações contra a Ordem Econômica, em momento posterior à celebração do Acordo de Leniência, tendo como elemento de distinção sua qualificada bilateralidade e a necessidade da atuação do colaborador apresentar resultados específicos.

11 Art. 16 da Lei nº 8.137/1990, que também pode vir a auxiliar na persecução das infrações contra a Ordem Econômica mesmo em momento posterior à celebração do Acordo de Leniência e do Acordo de Colaboração Premiada, sendo suficiente a confissão da trama delituosa e a inclusão dos demais membros do delito que se deu em concurso de pessoas.

12 Lei nº 12.529/2011. Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o

eles: (i) especificação das obrigações do representado a fim de cessar a prática da conduta investigada ou seus efeitos lesivos; (ii) fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), quando cabível; (iii) fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas; (iv) reconhecimento de participação na conduta investigada; e, (v) colaboração do compromissário com a instrução processual (nos casos que o requerimento de TCC for protocolado na Superintendência-Geral – SG/Cade).

Assim, acaso o acordo seja celebrado perante a SG/Cade, a autoridade levará em conta a colaboração do compromissário com a instrução processual, a saber, apresentação de informações e documentos que auxiliem a SG/Cade na identificação dos demais participantes da conduta e na sua comprovação. Tais informações e documentos sobre a descrição da conduta serão compilados em um documento elaborado pela SG/Cade chamado Histórico da Conduta (HC).

As informações e documentos disponibilizados pelo Compromissário terão tratamento confidencial, sendo deferido a critério do Cade, tratamento de acesso restrito ao requerimento de TCC, seus termos e andamento processual. No entanto, o termo passará a ter caráter público dentro de cinco dias após a sua celebração. Caso o acordo não seja firmado, todos os documentos disponibilizados serão devolvidos ao requerente, sem cópia remanescente junto ao Cade, que não poderá utilizar desses documentos e informações para quaisquer fins, a não ser que tais informações sejam levadas a conhecimento da autarquia por outros meios. Na hipótese de o termo ser descumprido, serão aplicadas as sanções previstas, bem como voltará a tramitar o processo administrativo contra o representado.

Outro requisito importante é o pagamento da contribuição pecuniária pelo signatário. Especificamente para os casos de cartel (acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes<sup>13</sup> em relação a preços, quantidades, divisão de mercado ou fraude ao caráter competitivo de licitações), o signatário terá a obrigação de recolher contribuição pecuniária ao FDD<sup>14</sup>, o qual deverá ser estabelecido durante a negociação do acordo, não sendo inferior à pena mínima prevista no art. 37 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011).

O valor da contribuição pecuniária, nesses casos, levará em consideração a participação do signatário na conduta, a utilidade da sua colaboração para a instrução processual, bem como o momento de apresentação da proposta. Nesse caso, serão observados parâmetros de desconto da Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.

§ 1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos:

- I - a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis;
- II - a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas;
- III - a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível.

§ 2º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo figurará, necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 37 desta Lei (BRASIL, 2011).

13 Art. 185. Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, o compromisso de cessação deverá, necessariamente, conter reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário (BRASIL, 2019b).

14 O Fundo de Defesa de Direitos Difusos - FDD, criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos.



multa esperada: (i) de 30% a 50% para o primeiro representado que requerer o TCC no âmbito da investigação da conduta de cartel; (ii) de 25% a 40% para o segundo representado que requerer o TCC no âmbito da investigação da conduta de cartel; e, (iii) de até 25% para os demais representados que requererem o TCC no âmbito da investigação da conduta de cartel. Se o processo administrativo estiver tramitando no Tribunal, a redução do percentual da multa esperada será limitada a 15%. Além do mais, o compromissário necessariamente deverá reconhecer a participação na conduta investigada, nos termos do art. 185 do Regimento Interno do Cade<sup>15</sup>.

O procedimento de negociação do TCC pode ocorrer tanto na Superintendência-Geral, quando houver procedimento preparatório, inquérito administrativo ou processo administrativo em curso<sup>16</sup>, ou no Tribunal do Cade, quando os autos do processo administrativo já tiverem sido remetidos ao Conselheiro-relator, sob a competência do Superintendente-Geral ou do Conselheiro-Relator, auxiliados por uma Comissão técnica de negociação, formada por, no mínimo, três servidores da Autoridade Antitruste.

Na SG/Cade, o período de negociação será definido pelo Superintendente-Geral, que poderá suspender as negociações a seu critério para a realização de diligências. Concluído o período de negociação, em dez dias o proponente deverá apresentar proposta final do TCC, que será homologada ou rejeitada pela autoridade competente.

No Tribunal, o período de negociação deverá ter duração de no máximo trinta dias, prorrogáveis por igual período, e o Conselheiro-relator também poderá suspender as negociações a seu critério para realização de diligências. Finalizadas as negociações, o proponente também terá dez dias para apresentar a proposta final do TCC, o qual será levado pelo Conselheiro Relator, em caráter de urgência, com sugestão de homologação ou rejeição, para julgamento no Plenário do Tribunal.

Diferentemente dos benefícios concedidos no Acordo de Leniência<sup>17</sup>, no TCC não há previsão de imunidade criminal concedida às pessoas físicas signatárias, mas apenas a redução da multa aplicável. Isto porque o Acordo de Leniência é um instrumento que cabe somente ao primeiro participante da conduta que se reportar à autoridade para colaborar, podendo angariar benefícios da imunidade total ou parcial tanto na esfera administrativa quanto criminal.

Nem se poderia cogitar uma linha de raciocínio diversa, uma vez que a estrutura de incentivos da colaboração premiada no âmbito do Cade foi desenhada de forma que a atratividade do Programa de Leniência<sup>18</sup> se dá justamente pelo fato de a empresa ou pessoa física que se candidata ao benefício, querer ser a primeira<sup>19</sup> dentre os outros membros do cartel, obrigando-se a correr contra

15 Art. 185. Tratando-se de investigação de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, o compromisso de cessação deverá, necessariamente, conter reconhecimento de participação na conduta investigada por parte do compromissário (BRASIL, 2019b).

16 Nos termos do art. 13, inciso IX, da Lei nº 12.529/2011, e art. 190 do RiCade, o Superintendente-Geral poderá propor, de ofício, TCC ao administrado (BRASIL, 2019b).

17 Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo (BRASIL, 1990).

18 O Guia “Programa de Leniência Antitruste do Cade” estabelece rico entendimento sobre a atuação do Órgão (BRASIL, 2016b).

19 O Acordo de Leniência é instrumento disponível apenas ao **primeiro** agente infrator a reportar a conduta anticoncorrencial coletiva (artigo 86, §1º, inciso I da Lei nº 12.529/2011), cujos benefícios, que podem chegar até a imunidade total, são



o tempo para oferecer à Autoridade Concorrencial informações e documentos que comprovem a conduta investigada, em troca de melhores benefícios, o que lhe concede relevância na atuação do Cade, constituindo importante instrumento de negociação na defesa da concorrência e no combate a cartéis e às práticas anticoncorrenciais (BAGNOLI, 2017, p. 382).

Portanto, aos agentes econômicos que celebram os TCCs, o benefício se restringe à suspensão do processo no âmbito administrativo no Cade, ficando as pessoas físicas que colaboraram com a Autoridade Concorrencial sujeitas a responderem criminalmente às jurisdições penais.

Fica, portanto, a critério do signatário, negociar concomitantemente com o Ministério Público, titular a Ação Penal que venha a investigar ou esteja investigando a mesma infração investigada pelo Cade, eventual acordo para garantir sua imunidade criminal, o que poderá ser feito paralelamente à negociação do TCC, com auxílio da SG/Cade na interlocução entre autoridade e proponentes.

### 3. A POSSIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO CONJUNTA DE TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE CONDUTA E ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL ENTRE CADE E MINISTÉRIO PÚBLICO

Antes mesmo da publicação da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ já referia a necessidade de buscar “*soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves*”, publicando a Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017<sup>20</sup>, prevendo a possibilidade de formulação de acordo de não persecução penal pelo Ministério Público quando não fosse o caso de arquivamento do procedimento investigatório criminal (art. 18)<sup>21</sup>.

A Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) inseriu o art. 28-A ao Código de Processo Penal<sup>22</sup>,

---

tanto administrativos quanto criminais (artigo 86, §4º c/c artigo 87 da Lei nº 12.529/2011)

20 A Associação dos Magistrados do Brasil – AMB ajuizou a ADI nº 5.790/DF questionando a constitucionalidade da Resolução nº 181/2017. Porém, com a entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, o requerimento de perda superveniente de seu objeto se encontra concluso com o Relator Min. Ricardo Lewandowski.

21 Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: (*Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018*) I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; (*Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018*) II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (*Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018*) III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; (*Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018*) IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; (*Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018*) V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada. (*Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018*).

22 Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (*Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019*) I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (*Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019*) II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (*Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019*) III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei





que passou a prever a possibilidade de o Ministério Público propor ANPP, verdadeiro negócio jurídico extrajudicial, que não requer o prévio oferecimento de denúncia, nem exige uma prestação jurisdicional propriamente dita (CABRAL, 2018, p. 33).

A natureza jurídica do ANPP como negócio jurídico extrajudicial é confirmada pelos Tribunais Pátrios, já havendo o STJ<sup>23</sup> se manifestado no sentido de tratar-se de negócio jurídico pré-processual realizado entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com o seu defensor, com isso evitando a propositura de ação penal em determinados tipos de crimes, de modo a otimizar os recursos públicos.

Diante da existência de indícios de autoria e materialidade delitiva, deve ser analisado o preenchimento dos requisitos autorizadores da celebração do ANPP, cujas exigências do art. 28-A, *caput*, do CPP, são a confissão formal e circunstancial, que a infração penal tenha sido cometida sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, além de a medida ser necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Ausentes os requisitos legais objetivos ou subjetivos necessários à celebração do acordo, como seria o não atendimento aos critérios de necessidade e suficiência da medida no caso concreto (v.g., personalidade voltada ao crime e má conduta social, possuindo conduta criminal habitual, estaria presente o óbice previsto no art. 28-A, § 2º, inciso II, do CPP<sup>24</sup>), pode haver a recusa fundamentada do oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal pelo Ministério Público.

Por se tratar de negócio jurídico pré-processual, cujo recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, o STF entendeu ser possível a retroatividade penal benéfica, permitindo que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, mas desde que ainda não recebida a denúncia, considerando válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente (v.g., denúncia recebida ou existência de sentença penal condenatória ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019)<sup>25</sup>.

O ANPP como negócio jurídico extrajudicial, deverá ser homologado pelo juízo, que fará o exame de adequação, suficiência e não abusividade das condições dispostas no acordo, podendo devolver ao Ministério Público a reformulação da proposta de acordo, recusando sua homologação caso não atenda aos requisitos legais ou quando não realizada a adequação da proposta (art. 28-A, §§ 4º, 5º, 6º e 7º, do CPP<sup>26</sup>).

---

nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (*Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019*) IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (*Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019*) V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (*Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019*) (BRASIL, 1941).

23 STJ, AgRg no HC nº 712.029/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador convocado do TRF/1ª Região), v.u., j. 29.3.2022, DJe-STJ de 1º.4.2022.

24 Art. 28-A. (...) § 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (...) II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (*Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019*) (BRASIL, 1941).

25 STF, HC nº 191.464-AgR, 1ª Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, v.u., j. 11.11.2020, DJe-STF de 25.11.2020.

26 Art. 28-A. (...) § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. (*Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019*) § 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo,

Segundo o STF, o acusado não tem direito subjetivo ao ANPP, pois o art. 28-A do CPP ao referir que “poderá” ser proposto o ANPP, na realidade “não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo”, com o que “permite ao *Parquet* a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição”<sup>27</sup>.

O Ministério Público poderá ofertar o ANPP quando não for o caso de arquivamento das peças investigativas, desde que o acusado confesse formal e circunstancialmente o cometimento de crime sem violência ou grave ameaça à pessoa, cuja pena mínima seja inferior a quatro anos, considerando para sua aferição as causas de aumento e diminuição (art. 28-A, § 1º, do CPP), obrigando-se a cumprir de forma cumulativa e alternativamente, a obrigação de reparar o dano, ou restituir a coisa à vítima, do que fica dispensado se houver impossibilidade de fazê-lo (art. 28-A, inc. I, do CPP), bem assim renunciar voluntariamente aos bens e direitos considerados pelo Parquet como instrumento, produto ou proveito do crime, além de prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução (art. 28-A, incs. II e III, do CPP).

O acordante também pode se comprometer a pagar prestação pecuniária à entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução e que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito, ou optar por cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada (art. 28-A, incs. IV e V, do CPP).

De outro lado, o ANPP é subsidiário em relação ao instituto da transação penal prevista no art. 76 da Lei nº 9.099/1995 (BRASIL, 1995), sendo vedada a proposição do acordo quando for cabível a transação penal no âmbito dos Juizados Especiais Criminais (art. 28-A, § 2º, inc. I, do CPP). Não é possível celebrá-lo quando o investigado seja reincidente ou, então, houver elementos que indiquem conduta criminosa habitual, reiterada ou mesmo profissional, salvo nas hipóteses de infrações penais pretéritas insignificantes (art. 28-A, § 2º, inc. II, do CPP), cuja análise definida pelo STF<sup>28</sup> deve observar quatro vetores para reputar insignificante uma conduta penalmente tipificada: (a) mínima ofensividade da conduta do agente; (b) ausência de periculosidade social da ação; (c) reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica

---

com concordância do investigado e seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) § 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) § 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (BRASIL, 1941).

27 “AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ART. 35 DA LEI 11.343/2006). INVIABILIDADE. 1. As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição. 2. O art. 28-A do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 13.964/19, foi muito claro nesse aspecto, estabelecendo que o Ministério Público ‘poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições’. 3. A finalidade do ANPP é evitar que se inicie o processo, não havendo lógica em se discutir a composição depois da condenação, como pretende a defesa (cf. HC 191.464-Agr/SC, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 26/11/2020). 4. Agravo Regimental a que nega provimento.” (STF, HC nº 191.124-Agr, 1ª Turma, Rel. Min. Alexandre de Moraes, v.u., j. 8.4.2021, DJe-STF de 12.4.2021).

28 STF, RHC nº 172.825-Agr, 1ª Turma, Rel. Min. Rosa Weber, v.u., j. 8.4.2021, DJe-STF de 4.5.2021.



provocada. Também não pode ser firmado o ANPP acaso o agente tenha sido beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo (art. 28-A, § 2º, inc. III, do CPP). Tampouco pode ser celebrado nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino (art. 28-A, § 2º, inc. IV, do CPP) (BRASIL, 1941).

As medidas acordadas pelas partes no ANPP não possuem natureza de sanção penal, por essa razão também não produzem os efeitos decorrentes da sanção penal, como seria gerar a condição de reincidência ou a caracterização de antecedentes criminais negativos, pois o acordo busca uma solução consensual, cujo êxito da negociação é idêntico ou até melhor do que o cumprimento da pretensão punitiva do Estado que seria alcançado por intermédio de um processo criminal<sup>29</sup>.

Como instrumento de expansão de uma “justiça consensual”, o ANPP possui caráter multifacetado, pois ao tempo em que alcança uma justiça célere, eficiente e processualmente econômica, também garante – na mesma medida – uma reparação célere à vítima (FERNANDES; GODOY, 2020, p. 125).

O ANPP conforma os interesses do Estado e do autor do delito: de um lado o acusado, que assume o crime cometido e se submete ao cumprimento das condições ajustadas cumulativa e alternativamente com o Estado, e de outro lado o titular da ação penal, que se abstém da persecução criminal do acusado, desde que levado a bom termo o acordo, resultando na extinção da punibilidade (LIMA, 2020, p. 218).

Em que pese a transação penal e a suspensão condicional do processo (previstas na Lei nº 9.099/1995) distingam-se do ANPP relativamente à necessidade de confissão, tanto no ANPP quanto nos institutos da Lei nº 9.099/1995, o cumprimento integral do avençado não afeta o estado de primariedade do agente, ficando apenas registrada como condição para que não seja ofertado novo acordo em cinco anos (art. 28-A, § 12, do CPP).

O ANPP figura como exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, cujo acordo de não persecução penal muito se aproxima do princípio da oportunidade, compreendido como um critério de seleção orientado pelo princípio da intervenção mínima, permitindo ao Ministério Público estabeleça critérios de seleção em conformidade com a política criminal adotada pela Instituição<sup>30</sup>. Tal critério de seleção acaba por aprimorar a atuação dos órgãos de persecução penal, que se voltam a ações de relevo, evitando a movimentação do Estado em casos de menor relevância penal.

O critério de seleção de prioridades de política criminal acaba propiciando a conformação de cooperações técnicas do órgão de acusação (Ministérios Públicos Federal e dos Estados) com os demais órgãos de fiscalização e controle da Administração Pública, como a Controladoria Geral da União – CGU, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, Tribunal de Contas da União – TCU, Receita Federal do Brasil – RFB, Tribunais de Contas dos Estados - TCEs etc., o que resulta num melhor filtro de atuação no âmbito da persecução penal, seja em razão da quantidade, seja em razão

29 “Diante da necessidade de se superar o modelo de que nenhum crime deve ficar impune (*nec delicta maneat impunita*), característico da obrigatoriedade da ação penal, sendo esse modelo muitas vezes economicamente inviável e inviabilizador de ideias de justiça e eficiência na persecução penal, deparou-se com a necessidade da adoção dos acordos penais fora dos marcos da transação penal e da colaboração premiada, em harmonia com a orientação de intervenção mínima do sistema penal e do princípio da oportunidade.” (FERNANDES; GODOY, 2020, p. 123).

30 Cf., a propósito, Lima (2020, p. 219).

da qualidade das provas obtidas mediante tais colaborações institucionais.

Como destacado no STF ao ser julgado o ARE nº 1.175.650<sup>31</sup>, para garantir que haja coerência no âmbito da atuação estatal, há necessidade de atuação coordenada dos entes de controle e do titular da ação penal pública, com o fim maior de evitar que ocorra comportamento contraditório por parte do Poder Público. É inegável um ambiente de instabilidade e insegurança institucional quando o investigado, apesar de negociar no âmbito civil-administrativo um benefício concedido por um órgão de controle (v.g., CGU, TCU etc.<sup>32</sup>), acaba sendo processado no âmbito cível por outro órgão estatal que não participou da avença, ou mesmo vê-se submetido à persecução penal em razão da falta de diálogo interinstitucional por parte do Poder Público.

Além da possibilidade de negociações conjuntas nas áreas cível e administrativa, agora se agrega o âmbito penal, trazendo para a mesa de negociação o Ministério Público, titular da atribuição constitucional da ação penal pública<sup>33</sup>.

Como no ANPP não há deflagração da ação penal, nem tampouco imposição de sanção penal, no que se distingue do modelo estadunidense da *plea bargain*<sup>34</sup>, justamente pelo fato de que a natureza jurídica do ANPP é de acordo extrajudicial, somente poderá haver a imposição de pena após a deflagração da persecução penal nas hipóteses de descumprimento do ANPP.

A função institucional do Ministério Público de promover privativamente a ação penal não impede a participação de órgãos públicos de alta especialização técnica tanto na fase de elaboração dos termos do ANPP, quanto na fase de cumprimento, quando possivelmente somente a atuação do órgão técnico seja capaz de identificar o inadimplemento de alguma das obrigações avençadas.

#### 4. OS TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO DE CONDUTA CELEBRADOS EM CARTEL: GARANTIA DA IMUNIDADE CRIMINAL AO INVESTIGADO

O Acordo de Cooperação Técnica (ACT) firmado entre o Cade e o Ministério Público do Rio Grande do Sul (MP/RS), assinado em 18.05.2021 (BRASIL, 2021), assim como tantos outros ACTs firmados entre Cade e outros MPs, dispõe que as instituições se comprometem a compartilhar documentos, informações e provas de procedimentos e processos apuratórios, nas esferas cível e criminal, buscando fortalecer o combate a condutas anticoncorrenciais e lesivas à Ordem Econômica,

31 No ARE nº 1.175.650 é discutido o Tema nº 1.043: “A utilização da colaboração premiada no âmbito civil, em ação civil pública por ato de improbidade administrativa movida pelo Ministério Público em face do princípio da legalidade (CF, art. 5º, II), da imprescritibilidade do ressarcimento ao erário (CF, art. 37, §§ 4º e 5º) e da legitimidade concorrente para a propositura da ação (CF, art. 129, § 1º)” (STF, ARE nº 1.175.650/RG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 25.4.2019, Dje-STF de 7.5.2019).

32 Tal situação foi apontada no julgamento do AI nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR, no qual a 3ª Turma do TRF/ 4ª Região determinou que a Controladoria-Geral da União – CGU rerratificasse o acordo de leniência celebrado pelo MPF (TRF/4ª Região, AI nº 5023972-66.2017.4.04.0000/PR, 3ª Turma, Rel. Des. Fed. Vânia Hack de Almeida, v.u., j. 22.8.2017, DEJF/TRF4 de 24.8.2017).

33 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

34 Ao realizar o cotejo entre o ANPP e o modelo do *plea bargain*, Cabral asseverou: “Ora, há uma clara diferença entre o *plea bargain* e o acordo de não persecução. No acordo não há aplicação e pena. No *plea bargain* há efetivamente a aplicação e uma sanção penal. No acordo, uma vez ocorrendo o seu descumprimento, faz-se necessário o oferecimento de denúncia, com plena instrução processual para a aplicação de pena. No *plea bargain* não é necessária instrução; simplesmente, executa-se a pena” (CABRAL, 2018, p. 34).



além de firmarem compromisso de atuar de modo conjunto para aprimorar técnicas e procedimentos de investigação mediante capacitações técnicas recíprocas.

Embora a colaboração entre Cade e Ministério Público não seja prática recente da autarquia, tal conjugação de esforços resultou numa forma inédita encontrada pelo Cade de garantir aos compromissários imunidade criminal em TCCs. O resultado decorreu de colaboração conjunta com o MP/RS, ocorrida através de acordos<sup>35</sup> em investigação de cartéis no mercado de compras de resíduos animais<sup>36</sup>, cujo montante em colaboração pecuniária resultou no valor aproximado de R\$ 18,7 milhões. Nos TCCs, a garantia da imunidade criminal foi dada aos signatários pessoas físicas por meio de ANPPs, cujas tratativas avançaram conjuntamente.

Antes de entrar no cerne do caso concreto, cabe lembrar que o TCC celebrado pelo Cade por si só não tem efeito de imunidade criminal ao signatário, uma vez que não pode ter o mesmo conjunto de benefícios previstos para os signatários do acordo de leniência<sup>37</sup>. A política de acordos do Cade prevê que serão dados melhores benefícios ao primeiro que procurar a autoridade para reportar uma conduta até então desconhecida, com o intuito de desestabilizar a confiança entre os agentes criminosos e provocar uma corrida pelos acordos com a autoridade. Para o Cade, tal estrutura auxilia na descoberta de ilícitos que dificilmente conheceria de ofício, pois não é fácil a comprovação da existência de um cartel, por decorrer na maioria das vezes de acordo não escrito (FORGIONI, 2020, p. 156). Portanto, a assimetria de benefícios entre TCC e leniência não deu ao signatário no TCC o benefício da imunidade criminal. No entanto, tendo como pano de fundo a possibilidade de cooperação técnica prevista entre Cade e, no caso, o MPRS, há a possibilidade de o investigado celebrante do TCC celebrar instrumento paralelo para buscar a extinção da punibilidade criminal, sem que isso prejudique a estrutura de incentivos desenhada para os acordos do Cade.

Daí decorre a importância do caso em apreço. Explica-se. Em 30.06.2021, o Tribunal do Cade homologou quatro TCCs referentes à investigação no referido mercado. Ao todo, oito empresas e doze pessoas físicas firmaram acordo com o Cade, reconhecendo a participação no cartel, e se comprometendo a cessar a prática ilícita, bem como colaborar com a investigação. Ainda, comprometeram-se a pagar contribuição pecuniária no valor total aproximado de R\$ 18,7 milhões destinados ao FDD.

A persecução da conduta anticompetitiva iniciou com o MP/RS, quando identificou indícios de cartel no mercado de compras de resíduos animais, através de depoimentos e interceptações telefônicas, e compartilhou com o Cade a investigação, após autorização do Juízo da 1ª Vara Criminal de Lageado/RS, tendo em vista a possível aplicação da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011).

Desse modo, no âmbito do Cade, em 2017 foi instaurado Inquérito Administrativo para apuração de infrações à Ordem Econômica, consistente em indícios de cartel de compra de resíduos animais em abatedouros e frigoríficos por empresas de graxarias e transportadoras de carga. No

35 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimentos nºs 08700.004894/2020-83, 08700.001488/2021-40, 08700.001976/2021-57 e 08700.002321/2021-04.

36 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.004404/2016-62 (Apartado Restrito nº 08700.003382/2018-85).

37 “A aproximação de institutos ainda fomenta uma espécie de jogo sobre o posto de primeiro delator, já que somente este poderia confessar a conduta investigada e não ser, com isso, punido com restrição à liberdade. É bem verdade que tal situação pode ser interessante do ponto de vista político criminal, uma vez que fomenta a desconfiança entre os membros de um grupo delitivo, mas acaba por inibir os “não primeiros” a qualquer espécie de colaboração posterior por receio da responsabilidade penal” (BOTTINI; SOUZA; DELLOSSO, 2013).



mesmo ano, foram expedidos mandados de busca e apreensão nos Autos Penais nº 17/2.16.0000727-0, que teve apoio técnico do CADE, nas sedes de algumas empresas investigadas.

As informações identificadas apontaram para um conluio, ocorrido entre os anos de 2009 a 2018, entre representantes das graxarias e transportadoras de carga com o fim de dividir entre si os pontos de coleta dos resíduos em abatedouros e frigoríficos, através de troca de informações sensíveis.

As condutas são passíveis de tipificação pela Lei de Defesa da Concorrência, em seu art. 36, § 3º, inciso I. No Cade, o processo administrativo ainda se encontra em andamento, em fase de apresentação de defesa e especificação de provas pelos representados.

Foi em 2021 que os quatro TCCs foram celebrados pela SG/Cade com representados no referido processo administrativo, pessoas físicas e jurídicas. Durante a negociação, tendo em vista investigação em trâmite na Promotoria de Justiça Criminal sobre os mesmos fatos, o MP/RS também negociou ANPPs com investigados em ambas as searas. Os quinze investigados, dos quais 12 foram signatários nos TCCs do Cade, se comprometeram a prestar serviços à comunidade, e a pagar o valor total de R\$ 5,9 milhões à título de prestação pecuniária pela prática do crime de cartel. Os valores foram destinados, dentre outras instituições, a hospitais para o combate à Covid-19 (MPRS FIRMA ACORDO, 2021).

Em sintonia com o trabalho realizado pela SG/Cade e pelo MP/RS, o Ministério Público Federal junto ao Cade (MPF/Cade) encampou a inovação e se empenhou na sustentação da solução no Tribunal, na perspectiva da efetividade da aplicação da legislação antitruste no inédito modelo de concomitante celebração de TCC e ANPP, o que foi decisiva e definitivamente aprovado pela maioria dos Conselheiros do Tribunal do Cade.

A negociação conjunta dos acordos representou mais um passo importante para o fortalecimento da cooperação interinstitucional e contribuiu de forma efetiva para a atuação repressiva e preventiva de combate a cartéis.

erifica-se, portanto, que a cooperação da Autoridade Concorrencial com o Ministério Público, mediante a combinação das negociações entre os Termos de Compromisso de Cessação e os Acordos de Não Persecução Penal, é ferramenta jurídico processual que merece ser institucionalizada de modo a gerar mais incentivos na celebração de acordos pelo administrado, que poderá cooperar com a persecução administrativa e penal em troca de maiores benefícios.

Desse modo, o Ministério Público teve ressaltada a importância da sua atuação no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC, sendo peça chave para a obtenção da imunidade penal pelos Representados e, com isso, alcançada a efetividade na resolução da questão investigada.

E relativamente ao jurisdicionado, a atuação da Autoridade Concorrencial com o Ministério Público, mediante a negociação e celebração conjunta dos TCCs e ANPPs, oferece segurança jurídica ao investigado, pois cessa o processo administrativo no Cade e soluciona a lacuna sobre a responsabilidade criminal.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto na breve síntese histórica dos Termos de Compromisso de Cessação no





Direito Concorrencial, bem como da atuação harmônica do Cade com o Ministério Público e demais Órgãos que compõe o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o Brasil incorporou normas que também legitimam a atuação conjunta das negociações.

A partir do caso concreto analisado, observou-se que a atuação conjunta das instituições tem aprimorado as soluções no combate aos cartéis e a política de colaboração premiada do Cade, na medida em que viabiliza aos futuros signatários que não puderam celebrar acordos de leniência, a possibilidade de colaborarem com o Cade, via TCC, sem, no entanto, terem contra si uma ação penal para sua responsabilização criminal pelas condutas investigadas, mediante a celebração de ANPP com o Ministério Público.

Isto porque, nos TCCs, a exigência do reconhecimento de participação na prática investigada para os casos de acordo, combinação, manipulação ou ajuste entre concorrentes, pode produzir efeitos na seara penal, uma vez que deixa funcionários, sócios ou administradores das empresas signatárias do TCC suscetíveis a uma persecução penal, o que pode gerar um desestímulo à celebração de futuros acordos com o Cade.

Sendo assim, as pessoas físicas signatárias em TCCs podem buscar a alternativa de celebração concomitante do ANPP junto ao Ministério Público – que passa a ser peça chave para a obtenção da imunidade penal – a fim de conter a exposição às implicações penais que possam decorrer da celebração de TCC e garantir maior segurança jurídica na colaboração com a Autoridade Antitruste.

Portanto, confirma-se que a celebração conjunta do Termo de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC) com o Cade e do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) com o Ministério Público traz efetividade para o sistema de acordos de colaboração premiada do Cade, bem como aprimoramento à política de repressão à cartéis no Brasil.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADMINISTRATIVE COUNCIL FOR ECONOMIC DEFENSE (CADE). **Guidelines on Cease and Desist Agreement for Cartel Cases** (“TCC”). Brasília: Cade, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3LGme58>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico e concorrencial**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BOTTINI, Pierpaolo; SOUZA, Ricardo Inglez de; DELLOSSO, Ana Fernanda Ayres. A nova dinâmica dos acordos de cessação de práticas anticoncorrenciais no Brasil. **Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, v. 23, p. 117-139, jan/jun. 2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Acordo de Cooperação Técnica N. 4/2021**. Processo nº 08012.004714/2011-21. Brasília: Cade, 2021. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/convenios-e-transferencias/acordos-nacionais/2021/04-2021%20-%20MPRS.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Balanco 2015**. Brasília: Cade, 2016a. Disponível em: <https://bit.ly/3LH2RbW>. Acesso em: 12 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Defesa da Concorrência no Brasil 50 anos**. Brasília: Cade, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3P0V1ga>. Acesso em: 11 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Brasília: Cade, 2016b. Disponível em: <https://bit.ly/3wMNHfL>. Acesso em: 2 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Memorando de Entendimento nº 1/2016**. Relativo à coordenação institucional envolvendo termos de compromisso de Cessação e acordos de colaboração em investigações de infrações contra a Ordem econômica. Brasília: Cade, 2016c. Disponível em: <https://bit.ly/38JYi36>. Acesso em: 23 abr. 2022

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Memorando de Entendimento nº 29/2019**. Memorando de Entendimento que entre si celebram o Conselho Administrativo de Defesa Econômica e o Ministério Público de São Paulo (MPSP) visando a coordenação institucional envolvendo TCC's e acordos de colaboração em investigações de infrações contra a ordem econômica. Brasília: Cade, 2019a. Disponível em: <https://bit.ly/3MH1yeo>. Acesso em: 23 abr. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.004404/2016-62** (Apartado Restrito nº 08700.003382/2018-85).

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Regimento Interno do CADE. Brasília: Cade, 2019b.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimentos nº 08700.004894/2020-83.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimentos nº 08700.001488/2021-40.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimentos nº 08700.001976/2021-57.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Requerimentos nº 08700.002321/2021-04.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941.

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. 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. Brasília: Presidência da República, 2011.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da resolução 181/17 do CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches *et. al.* (coord.). **Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. Salvador: Juspodivm, 2018.

FERNANDES, Cassiane Melo. GODOY, Gustavo Renê Mantovani. Acordos de Não Persecução Penal no Pacote Anticrime: Expansão da Justiça Consensual. **Revista Reflexão e Crítica do Direito**, Ribeirão Preto, v. 8, n. 1, jan./jun. 2020.



FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 11. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº13.964/19**. Salvador: Juspodivm, 2020.

MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência: organização, processos e acordos administrativos**. São Paulo: Atlas, 2015.

MPRS FIRMA ACORDO de Não Persecução Penal de R\$ 5,9 milhões em investigação de prática de crime de cartel. **Ministério Público do Rio Grande do Sul**, 16 set. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3wHuE83>. Acesso em: 15 abr. 2022.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brasil**. Paris: OECD, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3rp7xfg>. Acesso em: 3 ab. 2022.

#### **ALEXANDRE BARRETO DE SOUZA**

O autor foi responsável pelo projeto e esboço inicial, desenvolvimento da metodologia, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, participação ativa nas discussões dos resultados, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.

#### **RAQUEL MAZZUCO SANT'ANA POSSAMAI**

A autora foi responsável pelo projeto e esboço inicial, desenvolvimento da metodologia, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, participação ativa nas discussões dos resultados, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.

#### **WALDIR ALVES**

O autor foi responsável pelo projeto e esboço inicial, desenvolvimento da metodologia, levantamento bibliográfico, revisão bibliográfica, redação, participação ativa nas discussões dos resultados, revisão crítica com contribuições substanciais, aprovação da versão final.

#### **COMO CITAR ESTE ARTIGO:**

SOUZA, Alexandre Barreto de; POSSAMAI, Raquel Mazzuco Sant'Ana; ALVES, Waldir. A Concessão de Imunidade Criminal ao Signatário do Termo de Compromisso de Cessaç o de Conduta no Cade por interm dio do Acordo de N o Persecu o Penal. **Revista de Defesa da Concorr ncia**, Bras lia, v. 10, n. 1, p. 109-125, 2022.

# 7

## RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA NO GRUPO ECONÔMICO POR INFRAÇÕES DA ORDEM ECONÔMICA<sup>1</sup>

Joint and several liability in the economic group for violations of the economic order

Alexandre Ditzel Faraco<sup>2</sup>

Universidade Federal do Paraná (UFPR/PR) - Curitiba/PR, Brasil

### RESUMO ESTRUTURADO

**Contextualização:** O presente artigo discute parâmetros para aplicação do artigo 33 da Lei 12.529/11, o qual estabelece responsabilidade solidária por infrações da ordem econômica entre empresas que integram um grupo econômico.

**Objetivo:** Demonstrar que a aplicação literal da regra a partir da identificação do grupo econômico com base em vínculos societários formais levaria a resultados inconsistentes.

**Método:** Identificação e análise de normas e decisões pertinentes.

**Resultados:** O grupo econômico, para fins do direito da concorrência, não pode ser definido de forma abstrata, mas deve ter como referência a conduta investigada e as relações entre sociedades que permitem identificar, em dado caso concreto, uma direção unitária da estratégia competitiva.

**Conclusão:** A correta definição de grupo econômico terá reflexos sobre como o tema deve ser tratado em processos administrativos voltados a sancionar infrações da ordem econômica e sobre o cálculo de multas.

**Palavras-chave:** grupo econômico; responsabilidade solidária; direito da concorrência.

### STRUCTURED ABSTRACT

**Context:** This article discusses standards to apply Article 33 of Law 12,529/11, which establishes joint and several liability for violations of the economic order among undertakings that are part of an economic group.

**Editor responsável:** Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braido, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

**OCIRD:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

1 **Recebido em:** 28/03/2022 **Aceito em:** 30/08/2022 **Publicado em:** 09/06/2022

2 Doutor e Livre-docente em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor Associado do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Paraná (Curitiba/PR). **E-mail:** [adfaraco@gmail.com](mailto:adfaraco@gmail.com). **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/1695900581926821>. **OCIRD:** <https://orcid.org/0000-0002-8350-8429>.



**Objective:** Demonstrate that applying the rule literally, based on the identification of the economic group from formal corporate links, would produce inconsistent results.

**Method: Identify and analyze relevant rules and decisions.**

**Results:** The economic group for competition law purposes cannot be defined in an abstract manner. It should have as reference the investigated conduct and the links among corporations that allow, in a certain case, a unitary direction of the competitive strategy.

**Conclusion:** The correct definition of economic group will impact how the matter is addressed in administrative proceedings to sanction violations of the economic order and how fines are calculated.

**Keywords:** economic group; joint and several liability; competition law.

**Código de classificação JEL:** K21

*Sumário: 1. Introdução. 2. A hipótese legal de solidariedade passiva no grupo econômico. 3. Conceito de grupo econômico não pode ser visto de forma estática e construído a partir da mera identificação de vínculos societários. 4. Contornos do grupo econômico depende do caso concreto. 4.1. Solidariedade passiva nos processos do Cade. 4.2. Cálculo da multa. 5. Referências bibliográficas.*

## 1. INTRODUÇÃO

O sistema jurídico brasileiro pune ilícitos à concorrência – as denominadas infrações da ordem econômica previstas na Lei 12.529/11 (BRASIL, 2011) – afastando-se dos modelos clássicos de responsabilidade baseados na demonstração de culpa. A responsabilidade é legalmente definida como objetiva – artigo 36 da Lei 12.529/11 –, prescindindo da caracterização de culpa ou dolo dos indivíduos que atuam como representantes ou em prol da empresa.

A responsabilidade objetiva garante maior eficácia à atividade repressiva, pois dispensa a identificação precisa da cadeia de responsabilidade e das ações individuais no interior da estrutura jurídica empresarial, o que pode ser complexo e mesmo inviável. A responsabilização pelo ilícito exige, porém, a demonstração de nexo de causalidade. Prescinde-se de culpa ou dolo, mas não da relação causal entre o ilícito e condutas ou omissões de pessoas físicas relacionadas às atividades desenvolvidas no âmbito da empresa. Se houve adoção de conduta uniforme entre concorrentes, é preciso demonstrar que decorre de atos determinados praticados por administrador ou empregado no contexto e em benefício de dada organização empresarial.

A Lei 12.529/11 complementa a previsão de responsabilização objetiva com a extensão do seu alcance a pessoas jurídicas não necessariamente envolvidas de forma direta na conduta. Há no artigo 33 regra expressa de responsabilidade solidária no âmbito do grupo econômico, o que garante maior eficácia à repressão aos ilícitos no contexto de grupos complexos, nos quais se sobrepõem múltiplas pessoas jurídicas, distintas sob o aspecto formal, mas sujeitas a um mesmo direcionamento em sua atuação. Responsabilidade sem culpa e solidariedade se complementam, assim, para garantir maior eficácia na atuação das autoridades administrativas competentes para sancionar tais condutas.

Essas regras são, por vezes, aplicadas de forma literal e automática a partir da mera consta-

tação da existência de um grupo com base em vínculos societários. Mas se a própria responsabilidade objetiva não prescinde da identificação da relação entre ilícito e ações ou omissões atribuíveis à pessoa jurídica, a solidariedade dentro do grupo tampouco pode surgir sem que esteja presente essa relação. Admitir o contrário faria com que as sanções alcançassem aqueles que não se beneficiam ou não têm meios de impedir o ilícito, o que é incompatível com o princípio de que a pena não deve ir além da pessoa do infrator (artigo 5º, XLV, CF) (BRASIL, 1988).

Este artigo identifica parâmetros a serem observados para que a aplicação da regra de solidariedade não se torne arbitrária e se adeque aos objetivos da lei que a prevê. Em síntese, argumenta que não basta apenas caracterizar a existência de grupo econômico a partir de determinados vínculos societários para aplicar a regra de solidariedade. São necessários outros elementos para fins de aplicação do direito da concorrência que darão ao grupo contornos específicos a partir das circunstâncias do caso concreto.

Essa forma de compreender os grupos afeta não apenas a interpretação da regra de solidariedade, mas terá consequências práticas sobre como e em que momento a questão deve ser abordada nos processos administrativos sancionadores. Impacta, ainda, a discussão sobre a base de cálculo da multa. O texto legal permite que a multa seja calculada sobre o faturamento do grupo, sem vincular expressamente essa possibilidade à caracterização de solidariedade. Mas o que se defende, aqui, é que a noção de grupo deve ser a mesma na aplicação de ambos os artigos, o que limitará as situações em que pode ser considerado o faturamento do grupo para cálculo da multa àquelas em que esteja caracterizada a solidariedade.

## 2. A HIPÓTESE LEGAL DE SOLIDARIEDADE PASSIVA NO GRUPO ECONÔMICO

A Lei 12.529/11 estrutura o denominado Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Define ilícitos ao funcionamento do mercado – os quais denomina de “infrações da ordem econômica” – e organiza a atuação de autoridades voltadas à repressão e prevenção de tais ilícitos.

O sistema de controle e repressão instituído pela Lei 12.529/11, assim como ocorria com a legislação precedente, é essencialmente administrativo e centrado na atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, autarquia federal com caráter judicante e jurisdição em todo território nacional (artigo 2º). O Cade detém competência para investigar e punir os ilícitos.<sup>3</sup>

Os ilícitos são definidos no artigo 36 a partir da descrição abrangente de determinados efeitos sobre o mercado. A ilicitude resta caracterizada quando os atos tiverem por objeto produzir esses efeitos ou puderem simplesmente produzir tais efeitos, ainda que o objeto seja outro e até mesmo lícito. Nessa segunda espécie estão atos que podem ser lícitos em determinados contextos e ilícitos em outros. Como a definição do ilícito não se baseia na descrição de determinada conduta, mas de seus efeitos, é possível que o mesmo comportamento caracterize infração num caso e não em outro, o que responde por parte da complexidade envolvida na caracterização de muitos dos ilícitos

<sup>3</sup> As condutas definidas como ilícitas na Lei 12.529/11 podem gerar efeitos em outros âmbitos. O principal ilícito à concorrência – o cartel – é também tipificado como crime na Lei 8.137/90. A mesma conduta pode, portanto, ser objeto de sanções administrativas e penais. É comum, ainda, a cooperação e atuação conjunta do Cade com autoridades responsáveis pela persecução penal – polícia e Ministério Público – na repressão aos cartéis. O ilícito administrativo pode, também, gerar consequências na esfera cível. Aqueles prejudicados pela conduta podem pleitear judicialmente indenizações pelos danos sofridos e imposições de obrigação de fazer e não-fazer para cessar os efeitos contrários à concorrência.



no direito da concorrência.

O ilícito se caracteriza, ainda, de forma objetiva, independentemente de culpa. Desnecessário, portanto, para caracterizar a conduta ilícita, perquirir sobre a intenção do infrator. Como a ilicitude se define a partir dos efeitos, não tem relevância a efetiva intenção dos envolvidos. Do ponto de vista subjetivo podem até visar resultados lícitos, mas a produção dos efeitos referidos no artigo 36 afasta a licitude da conduta. Apenas em relação à pessoa física do administrador da empresa a responsabilização depende da comprovação de sua culpa ou dolo.

Além da responsabilidade ser aferida de forma objetiva, há previsão de solidariedade no grupo econômico nos seguintes termos: “[s]erão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica” (artigo 33).

A regra de solidariedade no grupo econômico já existia na Lei 8.884/94 que antecedeu a Lei 12.529/11. Em seu artigo 17 estabelecia que “[s]erão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica”. O texto revogado difere do atual por adotar hipótese mais restrita de solidariedade, a qual só se verificaria entre as integrantes do grupo econômico às quais fosse imputável a prática da infração. A regra era semelhante àquela que existe no âmbito da responsabilidade civil quando o dano é causado por ofensa que tem mais de um autor (artigo 942 do Código Civil<sup>4</sup>).

O texto atual admite a solidariedade entre integrantes do grupo econômico quando ao menos uma das empresas pratica infração. Tem, portanto, ao menos sob um enfoque literal, abrangência potencialmente maior. Caracterizada a existência de grupo econômico, no âmbito do qual determinada entidade praticou infração, seria aplicável a regra de solidariedade aos demais integrantes.

A Lei 12.529/11 não define o que seria “grupo econômico”, conceito multifacetado e sem unicidade na legislação brasileira. Na legislação societária há tratamento expresso dos “grupos de sociedade”, que corresponderiam ao “grupo de direito” referido no artigo 33. Trata-se de grupo formalmente constituído reunindo sociedade controladora e suas controladas (artigo 265 da Lei 6.404/76). Apesar do tratamento legal detalhado, não tem relevância alguma e na prática não é usado na organização da atividade econômica (CARVALHOSA, 1998, p. 262).

A legislação societária trata, também, do que se chama na doutrina de “grupos de fato” decorrentes da existência de relações de controle e coligação entre as sociedades, conforme definidas no artigo 243 da Lei 6.404/76. Esses conceitos são fixados legalmente para estabelecer obrigações de prestação de informações, limitar participações recíprocas e disciplinar responsabilidade de administradores e controladores.

Nos termos do artigo 243, “são coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa” e “[c]onsidera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores”. Presume-se a existência de influência significativa e, portanto, de coligação quando “a investidora for titular de 20% (vinte por cento) ou mais dos votos conferidos pelo capital da investida, sem controlá-la”.

<sup>4</sup> “Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.”

Os conceitos encontrados na legislação societária – ou em outros diplomas normativos – não abrangem a delimitação de “grupo econômico” para fins do direito da concorrência. As finalidades previstas em cada âmbito são distintas, o que torna os conceitos encontrados na legislação societária insuficientes para disciplinar as questões propriamente concorrenciais. Enquanto o direito societário regula relações patrimoniais e utiliza esses conceitos para proteger interesses privados – de acionistas e credores – o direito da concorrência preocupa-se com o uso das estruturas societárias para fins de organização do exercício do poder econômico (SALOMÃO FILHO, 2021, p. 437). O próprio uso do termo “grupo econômico” na Lei 12.529/11 indica que se pretendeu trabalhar com conceito não adstrito ao de “grupos societários” de fato ou direito.<sup>5</sup>

No plano infralegal, o Cade delimitou conceito de grupo na Resolução 2/2012 com referências a critérios objetivos de relações entre sociedades. Não se limita a transpor a conceituação da legislação societária, mas faz uso de parâmetros decorrentes das relações formais entre sociedades: “[c]onsidera-se grupo econômico, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei 12.529/11, 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.”

A conceituação de grupo econômico na Resolução 2/2012, além de ser infralegal, tem finalidade bastante específica. Procura dar certeza e objetividade ao cálculo do faturamento a ser considerado para fins de aferir se as partes de determinado ato de concentração – conforme definido no artigo 90 da Lei 12.529/11 – preenchem o critério que exigiria notificação prévia da operação ao Cade. Não é conceito que deveria vincular o Cade em casos de investigação de infrações, tampouco serve de parâmetro para definir a responsabilidade solidária dentro do grupo econômico.<sup>6</sup>

Ao se destacar a impropriedade do uso da Resolução 2/2012 para fins de interpretação do artigo 33 – e para o controle de condutas em geral – não se pretende sugerir a necessidade de sua revogação. Mas que o respectivo conceito geral e formal de grupo econômico que contém seja aplicado apenas para o fim específico para o qual foi criado no contexto do controle de estruturas.

Não obstante, o Cade tem feito referência a esse conceito para diferentes finalidades no âmbito do controle de condutas. É prática ordinária, por exemplo, requisitar em investigações informações sobre o grupo e seu faturamento tendo como referência o conceito da Resolução 2/2012; ou citá-lo na solução de questões sobre validade da notificação dos representados ou alegações de ilegitimidade passiva. A Resolução 2/2012 é o único conceito infralegal de grupo no âmbito do CADE e, embora formulado para fim específico no controle de estruturas, acaba por ser usado impropriamente

5 Viviane Muller Prado (2006) observa que “o conceito de grupos empresariais não tem nenhum valor em si mesmo e seu conteúdo não pode ser encontrado a partir de uma análise isolada, pois deve estar em consonância com os objetivos e finalidades da regulamentação que atribui determinadas consequências jurídicas a certas estruturas societárias”; acrescenta que “não há uma unidade do conceito de grupo de empresas de forma a ser aplicado a todo o sistema jurídico”.

6 O critério legal para determinar quando determinado ato deve ser submetido ao Cade – i.e., o faturamento do grupo – não é propriamente indicativo de poder econômico, tanto que a maioria dos casos submetidos ao controle de atos de concentração é analisada e aprovada de forma sumária e são poucos os que implicam algum tipo de impacto sobre a concorrência. Como a análise do poder econômico e o impacto de uma operação sobre sua concentração é complexa e inerente ao mérito do controle que o Cade faz, usar parâmetros como participação de mercado como critério de notificação das operações geraria incertezas, como constatado na experiência brasileira sob a Lei 8.884/94. O critério de faturamento garante maior objetividade, embora possa com frequência estar dissociado da existência de efetivos problemas concorrenciais objeto do controle de estruturas pelo Cade. Nesse sentido, o conceito de grupo econômico delineado na Resolução 2/2012 está também dissociado de qualquer relevância para a identificação de abusos de poder econômico ou dominação de mercado no contexto do controle de condutas.

em outros contextos também.

### **3. CONCEITO DE GRUPO ECONÔMICO NÃO PODE SER VISTO DE FORMA ESTÁTICA E CONSTRUÍDO A PARTIR DA MERA IDENTIFICAÇÃO DE VÍNCULOS SOCIETÁRIOS**

Como visto acima, a Lei 12.529/11 não oferece conceito próprio de grupo econômico. Seria errôneo, em função disso, pretender trabalhar com conceito estático de grupo construído a partir de vínculos societários formais de controle e coligação. É a solução da qual o Cade se aproximou na Resolução 2/2012, mas para finalidade específica e com objetivo claro de garantir previsibilidade às situações que exigiriam notificação prévia de atos de concentração.

No âmbito da sanção de condutas e para fins de aplicação do artigo 33 a mesma abordagem não faria sentido e conduziria a resultados incoerentes. Implicaria, por exemplo, a responsabilização de sociedade por atos ilícitos praticados exclusivamente no âmbito de sua controladora ou de outra que detém mais de 20% de seu capital sem controle. Ou responsabilizar sociedades distintas apenas porque estão sob controle comum. Essas situações não fazem o menor sentido no contexto da aplicação de sanções por infrações da ordem econômica, sob qualquer aspecto em que se analise a questão.<sup>7</sup>

A controlada e a coligada, nos exemplos acima, não têm qualquer capacidade de intervir nas atividades da outra sociedade. A situação pode se tornar ainda mais absurda quando não houver plena identidade de sócios entre essas distintas sociedades, hipótese em que as repercussões patrimoniais das sanções acabariam por atingir quem sequer poderia ter algum benefício com o ilícito ou ter agido para evitá-lo. Além de sócios distintos, tais sociedades podem atuar em mercados que nenhuma relação têm com aquele no qual se verificou a infração.

Considere-se, por hipótese, que sociedade com atividade industrial na área de autopeças tenha participado de um cartel. Tal sociedade é controlada por outra que detém controle e participações em distintas sociedades com diferentes atividades, inclusive participação minoritária de 20% em uma instituição financeira. É claramente irrazoável pretender estender a responsabilidade pelo cartel a essa instituição financeira. Mas é o que decorreria da aplicação literal do artigo 33 se o conceito de grupo for construído de forma estática a partir dos conceitos do direito societário.

No âmbito civil, a solidariedade passiva decorre de manifestação de vontade ou de expressa disposição legal (artigo 265 do Código Civil). No segundo caso, a lei não estabelece a solidariedade passiva sem critério, o que implicaria criar obrigações de forma arbitrária. Há sempre um vínculo jurídico a justificar tais situações, como o mandato, o contrato de transporte, o contrato de comissão, a gestão de negócios, o contrato de sociedade, a relação entre pais e filhos ou empregadores e empregados. Além disso, em tais casos o vínculo envolve alguma atividade ou interesse comum ou algum dever de supervisão. A solidariedade passiva está associada, portanto, à existência de interesse comum entre os devedores ou dever de um supervisionar a ação de outro.

O artigo 990 do Código Civil prevê, por exemplo, que os sócios de sociedade em comum respondem solidariamente pelas obrigações sociais contraídas por qualquer deles.<sup>8</sup> Há entre eles

7 Frazão (2017) destaca a incoerência de resultados como esses decorrentes da aplicação literal da solidariedade prevista no artigo 33.

8 As regras da sociedade em comum aplicam-se às sociedades cujos atos constitutivos não foram inscritos no registro competente e que não adquiriram personalidade jurídica (artigo 986 do Código Civil).

um vínculo jurídico – o contrato de sociedade – e interesse comum na repartição dos lucros advindos da exploração de atividade econômica. A regra tem razoabilidade por diversos motivos. Todos os sócios podem se beneficiar da obrigação contraída para exploração em comum do objeto social, cada sócio pode supervisionar o que o outro faz no âmbito da sociedade e a regra protege o terceiro de boa-fé em relação a sociedade constituída com menor grau de formalidade.

A análise das demais hipóteses legais de solidariedade passiva do Código Civil conduzirá à identificação de razões análogas ou equivalentes. Nunca imposição meramente arbitrária para facilitar o pagamento de determinado credor ou sancionar determinada conduta.

Não é razoável considerar apenas a existência de vínculo de participação societária como suficiente para criar solidariedade por atos ilícitos. A existência desses vínculos não implica necessariamente atuação ou interesse comum. Em regra, o interesse social é específico a cada pessoa jurídica. O direito societário inclusive trata como ilícito usar o poder de controle para direcionar a atividade de uma sociedade para atender o interesse de outra.<sup>9</sup> As hipóteses já descritas no início deste tópico demonstram como a solidariedade passiva derivada exclusivamente de vínculos dessa natureza conduzem a resultados arbitrários.

O que é “grupo econômico” para fins de aplicação das sanções do direito da concorrência não pode ser compreendido a partir das noções de vínculos societários construídas com referência ao direito societário. O direito societário enfatiza a separação formal entre distintas pessoas jurídicas, que são centros de imputação de direitos e obrigações. A separação é importante para os fins desse ramo do direito, cujas regras estão centradas em proteger a posição de sócios e credores de ações oportunistas de quem tem o controle sobre o patrimônio social – o sócio controlador e os administradores. As relações societárias de controle e coligação, definidas na legislação e que baseiam a noção de grupos de fato, tem como referência esses fins.

Os objetivos das normas de direito da concorrência são distintos. O recurso cego a categorias de direito societário, para compreender o que seria “grupo econômico” em determinado caso, implicaria ignorar essa circunstância e aplicar ao direito econômico conceitos desenvolvidos com outras finalidades.

Há, de um lado, regras de personificação de sociedades empresárias que limitam a responsabilidade dos sócios e a possibilidade de o patrimônio social responder por dívidas e atos de outras pessoas. De outro, a necessidade de dar efetividade a normas de direito econômico que incidem sobre a atividade de grupos que se organizam em distintas pessoas legais, mas que operam com algum grau de unicidade no mercado.

Aspectos formais – existência de distintas pessoas jurídicas e vínculos de participação societária – estão no centro das preocupações do direito societário. Para o direito da concorrência o que importa é a realidade material de como as atividades dessas distintas pessoas estão organizadas e se relacionam no mercado. A separação societária e a existência de distintas pessoas jurídicas podem ser absolutamente irrelevantes para a conduta de dada empresa no mercado.

Sociedades empresárias distintas, mas sob controle comum, em geral não concorrem umas com as outras. A separação formal entre pessoas jurídicas, nessa hipótese, não tem relevância para

<sup>9</sup> O artigo 117 da Lei 6.404/76 inclui dentre as modalidades de abuso do poder de controle “orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional”.

avaliar o comportamento no mercado a partir da ótica do direito da concorrência. Em regra, não faz sentido imputar a empresas sob controle comum a adoção de conduta uniforme ilícita – como cartel – por estarem seguindo a mesma estratégia competitiva, assim como não há razão para tratá-las como entidades autônomas para outros propósitos do direito da concorrência – como o controle de atos de concentração econômica.

Assim, a interpretação do que é grupo econômico para fins do artigo 33 não deve ser feita a partir da mera identificação de vínculos societários formais – pouco importa se são aqueles descritos na legislação societária ou na Resolução 2/2012 que, embora não reproduza exatamente os mesmos conceitos de controle e coligação da legislação societária, adota abordagem a partir da mera configuração de vínculos formais.

O que importa é avaliar se as diferentes sociedades, em função das relações societárias, contratuais e circunstâncias fáticas existentes, atuam de maneira unitária ou não em dado mercado – i.e., se seguem a mesma estratégia competitiva imputável a um mesmo centro decisório. A noção de “grupo” implica, para fins concorrenciais, a identificação de uma unidade econômica atuando no mercado, ainda que organizada a partir de diversas pessoas jurídicas.<sup>10</sup>

O conceito societário de controle pode ser relevante nesse contexto. Em princípio a sociedade controladora tem meios para dirigir o comportamento da controlada no mercado. Mas pode ser insuficiente. É possível que, no caso concreto, o mesmo resultado possa ser alcançado com base em participação minoritária de acionista com direitos especiais de indicação de administradores ou voto qualificado em assembleias sobre certas matérias concorrenciaismente relevantes.

Disso decorre que mesmo a detenção da maioria do capital social com direito a voto, que em princípio cria condições para exercício do controle, pode não ser suficiente para fins de caracterização de grupo, se circunstâncias outras, disciplinadas em acordos de acionista ou no estatuto social, na prática impedirem que esse acionista controle as decisões concorrenciais da sociedade.

É avaliação que precisa ser feita a partir do caso concreto e os contornos do grupo não serão automaticamente delimitados com base na identificação de relações societárias de controle e coligação. A identificação de uma unidade econômica operando em dado mercado não decorre automática e necessariamente da existência desses vínculos. Tais vínculos podem ser instrumentos para organizar uma unidade econômica no mercado. Mas não há relação de necessidade entre uma coisa e outra que pudesse autorizar a caracterização do grupo econômico apenas a partir da identificação desses vínculos formais.

Em caso no qual o Cade se aprofundou na discussão sobre grupo econômico no contexto da aplicação de sanções chegou-se a conclusões que se aproximam desse entendimento. Apesar de julgado poucos meses antes do início da vigência da lei atual – i.e., tendo como referência o texto da Lei 8.884/94 –, continua a ter relevância e as conclusões não parecem que seriam diversas em razão da redação atual da regra de solidariedade. A decisão centra-se na delimitação do conceito de “grupo econômico”, o qual continua sem definição na Lei 12.529/11 e é pressuposto para aplicação da regra de solidariedade.

---

10 Não se deve confundir a unidade econômica formada a partir de centro decisório comum com a uniformização de comportamento no mercado a partir de um cartel. No segundo caso, os envolvidos de fato procuram atuar no mercado de forma alinhada, mas é decisão tomada a partir de distintos e independentes centros decisórios que combinam a adoção do comportamento uniforme.

A decisão foi tomada no Requerimento 08700.005448/2010-14, tendo como relator o então Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, e é citada como referência para o tema pela doutrina e em decisões posteriores.<sup>11</sup> Discutia-se no processo proposta de compromisso de cessação para encerrar investigação de condutas praticadas por determinadas sociedades cooperativas médicas integrantes do Sistema Unimed.

O Cade adotou, então, o entendimento de que dada a especificidade do conceito de grupo econômico para fins do direito da concorrência, não adiantaria simplesmente transpor conceitos de outros ramos do direito. Para que houvesse a configuração de grupo econômico a conexão que precisaria existir entre as sociedades seria aquela decorrente da “*presença de uma unidade decisória central*” cuja atuação impactaria a formulação da “*estratégia competitiva*”.<sup>12</sup>

A existência dessa unidade decisória pode se basear em vínculos societários, mas pode envolver outros aspectos e não necessariamente aqueles vínculos serão suficientes. O que importa é verificar se de fato determinado conjunto de sociedades atua como unidade econômica no mercado em determinado contexto. No caso em questão, sequer havia vínculo societário formal entre as cooperativas que integravam o Sistema Unimed e, mesmo assim, concluiu-se pela existência de grupo econômico.

Ainda que a decisão tenha se centrado em conceitos abertos – “*presença de uma unidade decisória central*” e “*estratégia competitiva*” – ela claramente recusa a possibilidade de definição de grupo a partir de meros vínculos formais.<sup>13</sup> Apesar de a mesma abordagem ter sido usada em situações subseqüentes,<sup>14</sup> não se trata de algo consolidado na prática do Cade. Há inúmeras situações nas quais se aborda a questão da solidariedade dentro do grupo como se fosse algo que decorresse automaticamente da identificação dos vínculos de um grupo societário.<sup>15</sup>

#### 4. CONTORNOS DO GRUPO ECONÔMICO DEPENDE DO CASO CONCRETO

11 V. Frazão (2017). Em relação às decisões do Cade, v. aquela tomada com base no voto-vista do então Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo no Processo Administrativo 08012.000778/2011-52. Neste caso a caracterização de grupo econômico, com referência à decisão antecedente citada acima, foi usada para afastar a aplicação de sanção em razão de já ter sido sancionada outra empresa do grupo econômico pelos mesmos fatos.

12 V. parágrafos 75 a 78 do voto do relator.

13 A referência a uma *unidade decisória central* e a noção de que diferentes sociedades podem integra-la guarda certa proximidade com o conceito de *single economic entity* formulado no direito europeu para justificar a extensão da responsabilidade por infrações concorrenciais de uma sociedade a sua controladora. Embora não faça sentido simplesmente transpor a prática europeia para o contexto brasileiro, dadas as especificidades dos textos normativos e sistemas jurídicos, o conceito foi desenvolvido para endereçar a tensão que existe entre os conceitos do direito societário e os fins do direito da concorrência, afastando-se de soluções baseadas meramente em vínculos societários (embora a jurisprudência europeia tenha criado presunções que conduzem à responsabilização baseada nesse tipo de vínculo). Sobre o tema e discussão das principais decisões, v. Lang (2014), Koenig (2017) e Botta (2019).

14 V. o já citado Processo Administrativo 08012.000778/2011-52.

15 V. por exemplo como a Superintendência-Geral do Cade justificou mudanças no polo passivo do Processo Administrativo 08700.004633/2015-04. Alguns dos representados pediram a substituição da sociedade que constava do polo passivo, para que o processo fosse direcionado àquelas às quais estavam vinculadas as pessoas físicas envolvidas na conduta. O pedido foi deferido, mas com a ressalva de que isso não implicaria prejuízo à *aplicação da regra da solidariedade, nos termos dos art. 32 e 33 da Lei nº 12.529/11, pois como as sociedades integram o mesmo grupo econômico, eles respondem solidariamente por eventual infração à ordem econômica praticada por qualquer uma das empresas do grupo*. Em outras palavras, a exclusão do polo passivo e a ausência de relação com a conduta investigada não afastaria a solidariedade diante da existência de um grupo societário.



A identificação de determinado grupo econômico para aplicação de sanções da Lei 12.529/11 não pode ser feita de forma estática a partir de certos vínculos formais. Não existe em abstrato grupo integrado pelas sociedades A, B e C com base na identificação de relações societárias de controle e coligação. É necessário avaliar, a partir do contexto fático pertinente, se tais sociedades atuaram no mercado como unidade econômica a partir de estratégia concorrencial definida por centro decisório comum.

Trata-se de questão a ser verificada e avaliada a partir do caso concreto. O grupo precisa corresponder ao conjunto de sociedades que formam a unidade econômica envolvida na conduta. Apenas nesse contexto faz sentido cogitar de solidariedade entre diferentes sociedades. Responderão de forma solidária porque estarão, direta ou indiretamente, abrangidas por essa unidade econômica.

Assim, **o grupo econômico se define a partir da conduta investigada e das relações entre sociedades que permitem identificar, naquela circunstância concreta, uma direção unitária da estratégia competitiva.** A abrangência do grupo pode variar para cada situação concreta – i.e., determinada sociedade pode fazer parte de um grupo econômico em certo contexto, mas não necessariamente em outros.

No âmbito de um cartel, por exemplo, haverá solidariedade entre as diferentes sociedades que atuam no mercado afetado sob a mesma direção unitária da estratégia competitiva. Essa solidariedade não exige que todas tenham praticado o ato de organização do cartel. O acordo com os concorrentes pode ter sido feito pela sociedade controladora, que orientou a atuação das demais a partir do que foi acordado.

Neste exemplo, outras sociedades sob o mesmo controle, mas que atuam em mercados distintos, não farão parte do grupo econômico para fins de aplicação do artigo 33. Não integram a unidade econômica empresarial que tem relação com a conduta praticada. Tampouco vínculos de coligação terão relevância, exceto em contexto no qual foram suficientes para integrar a coligada à mesma estratégia competitiva.

A análise precisa ser feita sempre a partir do caso concreto e o conceito de grupo será delimitado para aquele caso. Outras investigações, eventualmente envolvendo as mesmas sociedades, precisarão reavaliar a questão sob as particularidades de cada contexto. A identificação de grupo econômico, que permite aplicar a regra de solidariedade, é questão que não pode ser automaticamente replicada em investigações sucessivas.

Não se delimita o grupo econômico de forma dissociada da conduta. Primeiro é preciso compreender a conduta e quais sociedades estavam diretamente envolvidas, para então avaliar a existência de circunstâncias que fazem com que outras sociedades devam ser consideradas como parte das respectivas unidades econômicas com atuação no mercado afetado. É no âmbito dessas unidades econômicas que poderá ser aplicada a regra de solidariedade.

A interpretação aqui defendida do artigo 33 não pretende ignorar o texto legal, que afirma que a responsabilidade será solidária no âmbito do grupo quando pelo menos uma das integrantes praticar a infração. A existência da unidade econômica não exige que todas as sociedades tenham tido participação direta no ato. Nessa hipótese a solidariedade existiria como decorrência dessas sociedades serem coautoras do ilícito e o texto do artigo 33 não trata de coautoria.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Na hipótese de coautoria a solidariedade – pelos danos, mas não pelas sanções – decorreria da própria regra geral do artigo 942 do Código Civil. Ana Paula Martinez (2013) destaca que sob esse fundamento da lei civil todos os partícipes do

A unidade econômica que caracteriza a existência de um grupo – e permite aplicar a regra de solidariedade – decorre da existência de um mesmo centro decisório ao qual pode ser referido o ato infracional. As demais sociedades do grupo integraram o seu comportamento ao que foi decidido, mesmo que seus órgãos administrativos ou empregados não tenham participado dessa decisão.

O acordo de preços, por exemplo, pode ter sido organizado com concorrentes por sociedade que representa o principal volume de vendas de determinado grupo. Outras sociedades sob controle comum ajustaram a sua política de preços aos parâmetros desse acordo – sem interagir com concorrentes, mas como decorrência de seguirem usualmente os preços praticados pela sociedade principal.

A constatação de que a definição de grupo econômico, para fins do artigo 33, só pode ser feita a partir do caso concreto traz outras consequências práticas para a atuação do CADE na repressão a infrações da ordem econômica. Trata-se de questão fática que precisa ser apurada no âmbito da investigação conjuntamente com a conduta. Terá reflexos, ainda, sobre a forma de cálculo da multa.

#### **4.1. Solidariedade passiva nos processos do Cade**

Como a solidariedade passiva não decorre da análise estática de vínculos formais, mas da caracterização de uma unidade econômica no mercado, sua aplicação dependerá da comprovação desta no respectivo processo administrativo. Trata-se de questão que precisa ser objeto da investigação, assim como a conduta infracional.

Da mesma forma, deve ser dada oportunidade às partes representadas no processo de se defenderem da imputação de integrarem grupo econômico no âmbito do qual uma das sociedades praticou a infração. Assim, a Superintendência do Cade, quando instaura processo administrativo para aplicação de sanções, nos termos do artigo 69, já deve incluir no polo passivo as empresas às quais pretende imputar responsabilidade com base no artigo 33.

A aplicação da regra de solidariedade não pode ser invocada pela autoridade quando da execução da sanção imposta à sociedade que praticou a conduta, sem que as demais integrantes do grupo tenham tido oportunidade de se defender da imputação de que fariam parte do grupo econômico. Não se trata de questão a ser avaliada após o Cade concluir que houve infração e pretender executar a sanção. Seria evidente desrespeito ao direito de defesa e ao devido processo legal.

Pode-se pretender contrapor que isso não seria praticável, pois no curso da instrução do processo administrativo é que poderiam ser identificados os elementos necessários à constatação da existência de grupo econômico. Mas isso não deveria se sobrepôr ao direito de defesa. Feita essa constatação pela Superintendência do Cade no caso concreto, deve se retificar o polo passivo e oportunizar o exercício da plena defesa pela sociedade à qual se pretende imputar responsabilidade solidária.

A retificação do polo passivo tende a estender o tempo de tramitação do processo administrativo. Mas é inconveniente que poderia, em geral, ser evitado se o processo administrativo previsto no artigo 69 fosse aberto apenas após a Superintendência ter feito investigação suficiente sobre os fatos no contexto de inquérito administrativo antecedente aberto com base no artigo 66, o cartel poderiam responder solidariamente pelos danos da conduta em ações privadas de indenização.



que lhe permitiria identificar os contornos dos eventuais grupos econômicos envolvidos na conduta.

Na prática atual da Superintendência, porém, o processo administrativo é com alguma frequência aberto com entendimento ainda preliminar dos fatos e indicação de que instrução adicional será feita pela autoridade. Isso diverge da finalidade dos tipos processuais disciplinados pela Lei 12.529/11 e pode prejudicar o direito de defesa.

Quando um processo administrativo é aberto nos termos do artigo 69 a Superintendência já deveria ter um entendimento claro dos fatos e suas consequências. A autoridade precisa acusar os representados de conjunto específico de fatos e de como entende que a lei deveria ser aplicada a esses fatos. O ato administrativo em questão é análogo à denúncia em âmbito criminal. Estabelece os fatos de que os representados estão sendo acusados e contra o que devem se defender – inclusive eventual existência de grupo econômico.

A fase de instrução do processo administrativo não serve para a Superintendência investigar com o objetivo de construir o seu entendimento sobre o caso. Há outro procedimento previsto na Lei 12.529/11 para esse propósito – o já citado inquérito administrativo disciplinado nos artigos 66 a 68. Se a Superintendência não tem certeza da extensão dos fatos, de seus efeitos no mercado e como qualificá-los sob as regras legais aplicáveis, deveria iniciar um inquérito administrativo e usar todos os amplos poderes de investigação de que dispõe para chegar a uma conclusão. Apenas após chegar a uma conclusão sobre os fatos é que deveria acusar as empresas e indivíduos de violarem a lei.

Não é um detalhe que sob a Lei 12.529/11 o processo administrativo é para a “*imposição de sanções*” e não para investigação. A fase de instrução no processo administrativo é precipuamente em benefício dos representados, que não participaram da coleta de provas no âmbito do inquérito administrativo, o qual tem natureza inquisitorial. O artigo 69 deixa isso expresso ao prever que o processo administrativo “*visa a garantir ao acusado a ampla defesa a respeito das conclusões do inquérito administrativo*”.

Não se trata de tecnicidade irrelevante. Pode afetar diretamente o direito de defesa dos representados e a garantia do devido processo legal. O direito de defesa precisa ser exercido contra acusações claras, que devem incluir as razões pelas quais se pretende aplicar a regra de solidariedade do artigo 33.

## **4.2. Cálculo da multa**

A discussão sobre como aplicar o artigo 33 impacta também os parâmetros de cálculo da multa prevista no artigo 37. A base de cálculo da multa é o “*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*”. Trata-se de parâmetro bastante abrangente que poderia conduzir a resultados díspares e arbitrários.

Considere-se, por hipótese, que empresa integrante de conglomerado multinacional pratica infração no mercado brasileiro. A aplicação literal do artigo 37 sugeriria que o Cade teria discricionariedade para escolher entre o faturamento da empresa do Brasil ou de todo o conglomerado global. A diferença seria obviamente extrema e no segundo caso completamente dissociada da conduta. T tamanha discricionariedade poderia conduzir a arbitrariedades e não deveria ser critério

para definir a dosimetria da multa. A dosimetria se dá em função do percentual que incide sobre a base de cálculo – 0,1% a 20% –, sendo que as agravantes e atenuantes referidas no artigo 45 justificarão o percentual fixado, mas não a base de cálculo.

Analisando a hipótese legal de base de cálculo sob o mesmo enfoque da regra de solidariedade chega-se a resultado consistente que evita multas dissociadas da conduta. Não se deve definir grupo ou conglomerado de forma estática – até porque para a hipótese de conglomerado não há outros conceitos formais do direito societário que poderiam ser usados.<sup>17</sup> A definição deve se dar no caso concreto a partir das circunstâncias em que ocorreu a conduta.

Assim, se há razões para caracterizar grupo econômico e aplicar a regra de solidariedade, a multa pode tomar como base o faturamento das integrantes do grupo em questão, definido conforme os parâmetros referidos acima para o artigo 33. Mas isso só pode ser feito se demonstrado, no contexto do processo administrativo, que há a caracterização de grupo econômico. Se isso não acontecer, o faturamento deve ser o da pessoa jurídica que foi efetivamente representada no processo administrativo.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATTAYDE, Maria Cristina de Souza Leão. Efeitos conglomerados na jurisprudência do Cade. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 159-187, dez. 2021.

BOTTA, Marco. The economic succession doctrine in private enforcement of EU competition law: ‘nothing extraordinary’ after Skanska Industrial? **Market and Competition Law Review**, Braga, v. 3, n. 2, p. 171-186, out. 2019.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. 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. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei de Sociedades Anônimas**: Vol. 4: Tomo 2. São Paulo: Saraiva, 1998.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

KOENIG, Carsten. An economic analysis of the single economic entity doctrine in EU competition law.

<sup>17</sup> A noção de conglomerado é tratada na jurisprudência do Cade no contexto do controle de estruturas, em que se discutem “efeitos conglomerados” decorrentes de um ato de concentração que abrange empresas com atuação em mercados relevantes distintos e que não implicam sobreposição horizontal ou vertical (ATTAYDE, 2021, p. 162). Mas o conglomerado formado a partir da operação, que reúne sob controle comum empresas com atuação em distintos mercados, não é algo distinto do grupo de sociedades. No controle de estruturas o conceito é desenvolvido para avaliar efeitos restritivos à concorrência que independem de concentrações horizontais e verticais. No contexto do controle de condutas pode ser igualmente relevante quando a infração envolver empresas com atuações em mercados distintos. Quando integrarem um mesmo grupo serão solidariamente responsáveis e a sanção poderá ter como base de cálculo o faturamento de ambas as empresas, ainda que originado em mercados distintos.



**Journal of Competition Law and Economics**, Oxford, v. 13, n. 2, 2017.

LANG, John Temple. How can the problem of the liability of a parent company for price fixing by a wholly-owned subsidiary be resolved? **Fordham International Law Journal**, Fordham, v. 37, n. 5, 2014.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis**: interfaces entre direito administrativo e direito penal. São Paulo: Singular, 2013.

PRADO, Viviane Muller. **Conflito de interesses nos grupos societários**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

### **Como citar este artigo**

FARACO, Alexandre Ditzel. Responsabilidade solidária no grupo econômico por infrações da ordem econômica. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 126-139, 2022.

# 8

## REGULAÇÃO, DESENVOLVIMENTO E CONCORRÊNCIA: ANÁLISE DAS CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE NOS CONTRATOS ENTRE EMPRESAS E PLATAFORMAS DIGITAIS<sup>1</sup>

Regulation, development and competition: Analysis of exclusive clauses in contracts between companies and digital platforms

Fellipe Vilas Bôas Fraga<sup>2</sup>

Universidade de Marília (UNIMAR/SP) - Marília/SP, Brasil

Jonathan Barros Vita<sup>3</sup>

Universidade de Marília (UNIMAR/SP) - Marília/SP, Brasil

Bruno Bastos de Oliveira<sup>4</sup>

Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL/SC) - Santa Catarina/SC, Brasil

### RESUMO ESTRUTURADO

**Contextualização:** Serão feitas análises a respeito das cláusulas de exclusividade nos contratos entre empresas e plataformas digitais e seus impactos, tendo como base de pesquisa a Nota Técnica nº 4/2021/CGA1/SG/CADE. Em seguida, investigar-se-á o enfrentamento das questões correlatas no

**Editor responsável:** Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braido, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

**OCIRD:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

1 **Recebido em:** 28/03/2022 **Aceito em:** 30/08/2022 **Publicado em:** 09/06/2022

2 Doutorando e Mestre em Direito pela UNIMAR - Universidade de Marília. Doutorando em Ciências Jurídicas y Sociales pela UMSA - Universidad del Museo Social Argentino. Mestrando da Universidade Federal Fluminense no Mestrado Profissional do Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa (PPGJA). Especialista em Direito Notarial e Registral, Direito Civil, Direito Constitucional, Direito Empresarial, Direito Tributário e Direito Administrativo. **E-mail:** [fellipevilasboasfraga@id.uff.br](mailto:fellipevilasboasfraga@id.uff.br). **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/4154979095213313>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-9098-3148>.

3 Advogado, Consultor Jurídico e Contador. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET/SP), Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e Mestre em Segundo Nível em Direito Tributário da Empresa pela Universidade Comercial Luigi Bocconi, Milão/Itália. Estágio de pós doutorado como Senior visiting research fellow na WU (Wirtschaftsuniversität Wien), Viena/Áustria. Coordenador e professor titular do Mestrado e Doutorado em Direito da UNIMAR. Editor da Revista Argumentum, Qualis B1 ([ojs.unimar.br](http://ojs.unimar.br)). **Email:** [jbvita@gmail.com](mailto:jbvita@gmail.com). **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/6200020135164378>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-3991-004X>.

4 Advogado e Professor. Consultor Jurídico, especialista na área fiscal. Pós-doutor em Direito pela UNIMAR - Universidade de Marília - SP, sendo bolsista PNPd. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito - Mestrado e Doutorado - da UNIMAR - Universidade de Marília - SP. Doutor em Ciências Jurídicas - Direitos Humanos e Desenvolvimento - pela Universidade Federal da Paraíba. Mestre em Ciências Jurídicas, área de concentração Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba. Especialista em Direito Tributário pela Universidade do Sul de Santa Catarina. **E-mail:** [bbastos.adv@gmail.com](mailto:bbastos.adv@gmail.com). **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/1416133820227723>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-4563-6366>.





âmbito do direito comparado

**Objetivo:** O presente artigo tem como objetivo examinar as cláusulas de exclusividade nos contratos entre as empresas e as plataformas digitais sob a perspectiva da livre concorrência na economia de plataforma

**Método:** Com base no método funcionalista de direito comparado, utiliza-se da pesquisa exploratória, bibliográfica e qualitativa, em um primeiro momento discute-se o desenvolvimento nacional sob a perspectiva da economia de plataforma e a necessidade da regulação para o desenvolvimento

**Resultados:** A análise demonstrou que o ordenamento jurídico atual não é capaz de solucionar satisfatoriamente todas as situações decorrentes da economia de plataforma.

**Conclusões:** Conclui-se pela necessidade de regulação por parte das autoridades antitruste para evitar a violação de preceitos constitucionais.

**Palavras-chave:** Desenvolvimento. Economia de plataforma. Livre concorrência. Regulação. Contratos.

## STRUCTURED ABSTRACT

**Contextualization:** Analyzes will be made regarding the exclusivity clauses in contracts between companies and digital platforms and their impacts, based on the research of Technical Note No. 4/2021/CGA1/SG/CADE. Then, the confrontation of related issues in the scope of comparative law will be investigated.

**Objetive:** This article aims to examine the exclusivity clauses in contracts between companies and digital platforms from the perspective of free competition in the platform economy

**Method:** Based on the functionalist method of comparative law, exploratory, bibliographic and qualitative research is used, at first it discusses national development from the perspective of the platform economy and the need for regulation for development

**Results:** The analysis showed that the current legal system is not able to satisfactorily resolve all situations arising from the platform economy.

**Conclusions:** It concludes by the need for regulation by the antitrust authorities to avoid the violation of constitutional precepts.

**Keywords:** Development. Platform economy. Free competition. Regulation. contracts.

**Código de classificação JEL:** 010; K10; K20.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Desenvolvimento nacional sob a perspectiva da economia de plataforma. 2.1. Economia de plataforma e desenvolvimento socioeconômico. 2.2. Regulação para o desenvolvimento. 3. Desafios da regulação e análise do direito comparado. 3.1. As cláusulas de exclusividade nos contratos entre as empresas e as plataformas digitais e o princípio da livre concorrência. 3.2. O Cade e a Medida Preventiva no Procedimento Preparatório nº 08700.004588/2020-47. 3.3. Análise no direito comparado. 3.3.1. União Europeia. 3.3.2. Reino Unido. 3.3.3. Estados Unidos da América. Conclusões.

# 1. INTRODUÇÃO

No século XXI, marcado por evoluções tecnológicas que acontecem na velocidade da globalização<sup>5</sup>, importantes avanços têm contribuído para o desenvolvimento socioeconômico da sociedade hipermoderna<sup>6</sup>. Dentre as inovações propagadas por meio do acesso à internet surge a economia de plataforma, que pode servir como instrumento para a comercialização de bens e serviços, com potencial de contribuir cada vez mais para o desenvolvimento nacional.

Contudo, mesmo diante de um ordenamento jurídico vasto, ainda não é possível afirmar que todas as situações consubstanciadas na comercialização de bens e serviços por meio das plataformas digitais possam ser solucionadas com efetividade. O cenário vem demonstrando que esse ambiente pode gerar vulnerabilidades capazes de impactar tanto objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil<sup>7</sup>, quanto a livre concorrência<sup>8</sup>, princípio constitucional de ordem econômica, denotando a necessidade de regulação.

Nesse universo se encontram as cláusulas de exclusividade nos contratos firmados entre as empresas fornecedoras dos bens ou serviços e as plataformas digitais. Tais situações devem ser analisadas, evitando-se instabilidades nessa forma de organização de mercado que possam impactar a garantia pelo desenvolvimento nacional.

Desse modo, com base no método funcionalista de direito comparado, utilizando-se da pesquisa exploratória e qualitativa, o presente artigo tem como objetivo examinar tais cláusulas de exclusividade nos contratos entre as empresas e as plataformas digitais sob a perspectiva da livre concorrência.

A técnica de pesquisa utilizada foi a de levantamento bibliográfico, tendo como pano de fundo reflexões no âmbito do *Law and Economics*, já que os campos de diálogo entre Direito e Economia se demonstram fecundos e abrangem matérias como os contratos e as operações em mercados (ZYLBERSZTAJN; SZAJN, 2005, l. 80), que fazem parte do desenvolvimento desta pesquisa.

## 2. DESENVOLVIMENTO NACIONAL SOB A PERSPECTIVA DA ECONOMIA DE PLATAFORMA

### 2.1. Economia de plataforma e desenvolvimento socioeconômico

5 A globalização caracteriza-se pelo entrelace em escala internacional/mundial de fatores culturais, econômicos, políticos e sociais, com a aproximação dos países e pessoas dos mais distantes locais de forma mais célere devido a possibilidades criadas pelo desenvolvimento tecnológico como o telefone, a transmissão televisiva, a internet e as viagens aéreas, gerando essa sensação de maior proximidade e menor distância entre pessoas e povos (FRAGA; OLIVEIRA, 2020b, p. 476).

6 Conforme observa Lipovetsky (2004, p. 52), a hipermodernidade é a era que se faz presente no momento em que figuram a tecnologia genética, a globalização liberal e os direitos humanos, sucedendo a pós-modernidade, por esta ter esgotado sua capacidade de exprimir o mundo que se anuncia.

7 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV - livre concorrência; (BRASIL, 1988).

8 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (BRASIL, 1988).



A garantia do desenvolvimento nacional encontra-se positivada no inciso II, do artigo 3º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Tal dispositivo legal traz os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que para o alcance de um efetivo Estado Democrático de Direito com fundamento na dignidade da pessoa humana devem ser observados num sentido de interdependência e complementaridade.

Assim, o desenvolvimento nacional está ligado ao crescimento econômico relacionado à elevação do bem-estar geral da população, pois o ser humano é o centro do universo do desenvolvimento, que se realiza por conta do e para o ser racional (FRAGA; OLIVEIRA, 2020a, p. 88-91), este que imagina a própria existência e que age conforme uma vontade, existindo como um fim em si mesmo, não podendo ser substituído por qualquer outra coisa (KANT, 2018, p. 70-71).

Portanto, há lá algumas diferenças entre crescimento e desenvolvimento em termos econômicos e sociais. Sempre que se desenvolve economicamente é possível apontar crescimento, contudo, nem sempre que se cresce economicamente há desenvolvimento (FRAGA; OLIVEIRA, 2020a, p. 88-91).

Conforme observa Sen (2000, p. 17), o desenvolvimento é um processo de expansão das liberdades reais que os seres humanos desfrutam, sendo o Produto Interno Bruto ou as rendas individuais importantes meios para se expandir as liberdades desfrutadas, entretanto dependendo também de outros determinantes, como as disposições sociais e econômicas e os direitos civis. Logo, para se atingir o desenvolvimento, o crescimento do PIB é relevante, mas não o único vetor considerado, vez que o desenvolvimento resulta de um processo de ocorrências de profundas modificações estruturais sociais e econômicas (OLIVEIRA, 2019, p. 110).

Pontuam Fraga, Ferreira e Oliveira (2020, p. 7) que o desenvolvimento socioeconômico dignifica a existência da pessoa humana, pois dá oportunidades para o desfrute de uma vida mais próspera, justa e solidária, reduzindo desigualdades sociais, diminuindo a pobreza e a marginalização, ofertando meios ao crescimento e ao desenvolvimento das subjetividades humanas.

Por sua vez, o desenvolvimento nacional, indispensável a possibilitação de oportunidades capazes de proporcionar o exercício de direitos fundamentais intimamente ligados à dignidade da pessoa humana, pode se dar das mais variadas formas de organização de mercado. E uma dessas formas é através da economia de plataforma, da qual o elevado componente criador traz importantes aproximações com uma economia criativa, cuja dinâmica sugere pontes de contato com a economia de compartilhamento (MORAES, 2016, p. 32).

Nesse cenário, Sundararajan (2018, pp. 54-55) não acredita haver consenso sobre a definição de uma economia compartilhada e entende que a expressão “capitalismo de multidão” descreva com maior exatidão o assunto, mas observa uma economia constituída por um conjunto de atividades que aproveitam a conectividade entre as pessoas e agentes econômicos, abrindo novas oportunidades para que tudo seja utilizado em níveis mais próximos de sua plena capacidade, criando mercados que dão suporte às trocas de bens e também ao surgimento de novos serviços.

De acordo com Oliveira (2018, p. 480-483), o desenvolvimento eleva cada vez mais pessoas à condição de usuárias da internet, apresentando um novo ambiente aos consumidores, derrubando obstáculos como distância e acesso a certos bens e serviços. Assim, com a eclosão e popularização de dispositivos como *smartphones* e *tablets* e o surgimento de *startups*, por meio das plataformas

digitais é possível que uma pessoa ofereça bens ou serviços a outra, mediante alguma espécie de contrapartida, quase sempre monetária.

Entende Trindade (2020, p. 1987-1988) que a economia de plataforma – em que pese não poder ser confundida com a economia compartilhada, haja vista que diz respeito ao compartilhamento e à otimização da utilização de bens – seria uma conformação das estruturas de mercado caracterizada pela virtualização, padronização dos contratos e dos termos contratuais, assim como listagem das ofertas.

Portanto, se trataria do desenvolvimento da atividade econômica realizada através de plataformas digitais que intermedieiem comercializações e prestações de bens e serviços (FRAGA; OLIVEIRA, 2020a, p. 179). No entanto, se algumas das principais vantagens dos negócios na internet para os consumidores podem ser a quebra de obstáculo de tempo e distância, as formas de pagamento diferenciadas, os preços competitivos, a facilidade de comparar produtos, preços e marca (CARDOSO; CARMO, 2017, p. 152), a falta de regulação dessa forma de organização de mercado pode vulnerabilizar situações ao ponto de abalar o objetivo fundamental da garantia pelo desenvolvimento nacional.

## 2.2. Regulação para o desenvolvimento

À luz da Constituição Federal (BRASIL, 1988)<sup>9</sup>, cabe ao Estado o exercício de regulação da atividade econômica (OLIVEIRA; VITA; GERMINARI, 2021, p. 441). De acordo com Bensoussan e Gouvêa (2015, p. 556) o termo regulação tem vários significados, dentre os quais: (i) a intervenção do Estado na economia, em sentido amplo; (ii) a intervenção estatal indireta, atuando o Estado como agente econômico; ou (iii) a modalidade de intervenção indireta por meio da produção de normativas e edição de regras, em sentido mais restrito e como sinônimo de regulamentação.

A regulação objetiva o fomento ao desenvolvimento econômico, funcionando como mecanismo jurídico ou administrativo concebido para incentivar atividades econômicas, bem como para corrigir falhas, resultados ineficientes e desiguais, como o monopólio do mercado e a quebra da livre concorrência (SUNDARARAJAN, 2018, p. 196-197).

Quanto ao tema deste artigo, o significado de regulação está atrelado ao direito concorrencial, por conta da importância de uma regulação que possa evitar situações que não se compactuem com a garantia do desenvolvimento nacional, uma vez que, segundo Luhmann (2016, p. 754), o direito não pode se estabilizar no tempo no sentido de que o que é válido uma vez será válido para sempre. Se se quiser confiar no direito, pode-se contar com o apoio contra resistência e desapontamentos, mas não se pode esperar que o direito se mantenha imutável.

Nesse universo, a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, denominada como Lei Antitruste, estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, formado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico, sendo o CADE, nos termos do artigo 4º, entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional (BRASIL, 2011), com as competências de prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica, orientado pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (BRASIL).

<sup>9</sup> Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. (BRASIL, 1988).



E numa sociedade em que as instituições privadas são a principal fonte de criação de riqueza, a internet transforma a prática empresarial, tornando-se o uso adequado dessa ferramenta tecnológica uma fonte decisiva de produtividade e competitividade para negócios de todo o tipo (CASTELLS, 2003, p. 56). Contudo, o uso inadequado pode afetar a livre concorrência, necessitando de intervenção em alguns casos, em prol do desenvolvimento nacional, dentre os quais as situações que envolvem os contratos da economia de plataforma entre as empresas e as plataformas digitais que contenham cláusulas de exclusividade.

### **3. DESAFIOS DA REGULAÇÃO E ANÁLISE DO DIREITO COMPARADO**

#### **3.1. As cláusulas de exclusividade nos contratos entre as empresas e as plataformas digitais e o princípio da livre concorrência**

Simbolizada no inciso IV, do artigo 170 (BRASIL, 1988)<sup>10</sup>, a livre concorrência é um dos princípios norteadores da ordem econômica nacional. Para garanti-la, o § 4º, do artigo 173, da Constituição Federal prevê que lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (BRASIL, 1988). Segundo Silva (2015, p. 795), os dois dispositivos se complementam, com o objetivo de tutelar o sistema de mercado, protegendo a livre concorrência contra tendências açambarcadoras do poder econômico.

Portanto, o fato de o artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), ter previsto como um dos princípios orientadores da ordem econômica a livre concorrência não significa que se outorgou à livre concorrência a direção do desenvolvimento econômico, pelo contrário, manteve o princípio funcionalizado para o cumprimento de objetivos específicos tratados no Texto Maior (BRASIL, 1988), convivendo a livre concorrência com os fins da ordem econômica e também com outros princípios de ordem política, social e ética (CASTRO, 2016, p. 208).

A livre concorrência tem alta relevância, impedindo o enriquecimento ilícito de certas empresas por meio de práticas desleais e anticoncorrenciais (PLATINA JÚNIOR; LEAL, 2018, p. 116). Assim, o princípio da livre concorrência pressupõe competitividade com o oferecimento de oportunidades que transparecem um sentido de igualdade, observando a necessidade de tratamento desigual na medida das desigualdades a partir de uma ideia de liberdade para a competição no mercado com base na da igualdade de condições entre os agentes econômicos (DIAS; FRAGA; OLIVEIRA, 2020, p. 139).

Ocorre que o desempenho de atividades econômicas não pode impedir a livre concorrência e vulnerabilizar princípios fundamentais como o valor social do trabalho e a livre iniciativa, sendo ideia contrária aos objetivos da garantia pelo desenvolvimento nacional, não se considerando desenvolvimento, uma vez que se acontecer desfavorecendo o lado social e humano, será tudo, menos desenvolvimento (OLIVEIRA; FRAGA, 2020a, p. 119).

Nesse contexto, a importância dos negócios eletrônicos vai muito além do seu valor quantitativo, analisando Manuel Castells (2003, p. 57) que toda organização do negócio precisa adequar-se à tecnologia baseada na internet, uma economia interconectada com um sistema nervoso eletrônico, uma transformação sociotécnica que permeia o sistema econômico em sua totalidade,

---

<sup>10</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV - livre concorrência; (BRASIL, 1988).

afetando todos os processos de criação, troca e distribuição de valor.

Mas as empresas tecnológicas estão se desenvolvendo de forma mais rápida que o Direito, as autoridades de defesa da concorrência e os acadêmicos que tratam do assunto, necessitando de ampliada atenção, em razão dos desafios que a dinâmica competitiva dos mercados digitais apresenta (ROCHA, 2019, p. 116).

Dentre as situações que podem afetar a livre concorrência, entre outros princípios, objetivos e fundamentos, estão as cláusulas de exclusividade nos contratos entre as empresas e as plataformas digitais, sendo que, conforme seu artigo 1º, a Lei Antitruste dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (BRASIL, 2011).

Pela inteligência do artigo 36, incisos I e IV, e § 3º, incisos III, IV e V, da Lei Antitruste (BRASIL, 2011)<sup>11</sup>, por proibir ou limitar à liberdade de contratar com terceiros, as cláusulas de exclusividade podem constituir infração da ordem econômica.

Ademais, com o advento da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, a Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 (BRASIL, 2019a), que estabeleceu garantias de livre mercado, incluindo e alterando dispositivos legais, dentre os quais os de disposições gerais quanto aos contratos em geral, se o parágrafo único do artigo 421 do Código Civil (BRASIL, 2002) prevê que nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual, menciona o caput que a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Então, a suposta igualdade que decorre da livre manifestação de vontade advinda da autonomia das partes quanto ao contrato, pode gerar situações capazes de caracterizar infração à ordem econômica, uma vez que os economicamente mais fortes podem subjugar ou vulnerabilizar os direitos dos mais fracos, tornando a igualdade apenas formal, havendo precisão de regulação para garantir tanto a isonomia, quanto os ditames constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa, impondo-se limites de atuação para a garantia pelo desenvolvimento nacional.

Dessa feita, a autonomia da vontade pode gerar desigualdades socioeconômicas com potencial maléfico de conduzir a uma necessidade de intervenção do Estado para a sadia manutenção da ordem econômica. E o contrato como um instrumento que permite a circulação de riquezas deve ter uma função socioeconômica que objetive a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, o que pode ser entendido como equilíbrio econômico e garantia de desenvolvimento nacional.

### **3.2. O Cade e a Medida Preventiva no Procedimento Preparatório nº 08700.004588/2020-47**

11 Art. 36. 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: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; [...] IV - exercer de forma abusiva posição dominante. § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: [...] III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; (BRASIL, 2011).





A pandemia ocasionada pela disseminação do novo coronavírus (COVID-19) promoveu uma série de restrições. O próprio conceito e entendimento de ficar em casa e respeitar a quarentena para contribuir com o achatamento da curva de disseminação da COVID-19 já importa em restrições quanto a locomoção por grandes distâncias (FRAGA; OLIVEIRA; ROSSIGNOLI, 2020, p. 281). Assim, muitos segmentos do mercado sofreram modificações, algumas dessas modificações apresentadas até mesmo um significativo crescimento nas atividades, como os casos de entrega domiciliar de comida (delivery) adquiridas mediante acesso aos fornecedores por meio de aplicativos das plataformas digitais.

Segundo a Associação Brasileira de Bares e Restaurantes, o serviço de delivery passou de um diferencial para uma necessidade do mercado, tendo sido o Brasil destaque no segmento na América Latina, responsável, sozinho, por quase metade do mercado, chegando a 48,77%, apontando as previsões que o setor poderá movimentar aproximadamente US\$ 6,3 trilhões de dólares em todo o mundo até o final do ano de 2021 (MERCADO DE DELIVERY, 2021).

Nesse mercado dinâmico e competitivo, a disputa acabou no âmbito do Cade, tendo a Rappi (RAPPI, 2021) entrado com representação contra a iFood (IFOOD, 2021), sob a alegação de que a empresa líder no mercado brasileiro de serviços de delivery estaria firmando acordos de exclusividade com restaurantes, exigindo não só altas multas em caso de quebra contratual, como também contratos a longo prazo, a fim de excluir concorrentes do jogo, que passariam a não ter acesso a esses restaurantes (AGRA, 2020).

A base da imposição de tais medidas foi a Nota Técnica nº 4/2021/CGA1/SG/CADE, no Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo nº 08700.004588/2020-47 (BRASIL, 2021), levando-se em conta, em síntese, denúncia de infração contra a ordem econômica materializada por cláusula de exclusividade, tendo como efeitos alegados o fechamento de mercado e o aumento de barreiras à entrada, com recomendação de deferimento consoante o artigo 84, caput e § 1º da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011)<sup>12</sup> e artigo 211 (atualmente artigo 212) do Regimento Interno do Cade (BRASIL, 2019b)<sup>13</sup>.

Do relatório observa-se que a representação protocolada em 25 de setembro de 2020, pela Rappi em desfavor da iFood argumenta o cometimento das infrações descritas no artigo 36, caput, I e §3, III, IV e V da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011) no mercado online de comida, alegando que a iFood se valeria da condição de dominante no mercado de pedidos online de comida para adotar práticas verticalmente restritivas, por meio da celebração massiva de contratos de exclusividade junto a restaurantes parceiros e, com essa estratégia, criaria um forte incentivo à adesão dos restaurantes a esse modelo de negócio mais restritivo (BRASIL, 2021).

---

12 Art. 84. Em qualquer fase do inquérito administrativo para apuração de infrações ou do processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica, poderá o Conselheiro-Relator ou o Superintendente-Geral, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Chefe do Cade, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo. § 1º Na medida preventiva, determinar-se-á a imediata cessação da prática e será ordenada, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 39 desta Lei. (BRASIL, 2011).

13 Art. 212. Em qualquer fase do inquérito administrativo para apuração de infrações ou do processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica, poderá o Conselheiro-Relator ou o Superintendente-Geral, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Chefe do Cade ou de legítimo interessado, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou que torne ineficaz o resultado final do processo. (BRASIL, 2019).

Elenca a Rappi que como efeitos da conduta haveria o fechamento do mercado para plataformas concorrentes e o incremento de barreiras à entrada mediante estipulações contratuais como longo prazo de duração do contrato e multas pela rescisão da exclusividade, solicitando a concessão de medida preventiva (BRASIL, 2021).

A iFood apresentou resposta ao ofício em 5 de novembro de 2020, justificando, em síntese, que a Rappi estava a utilizar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC para fins privados e argumentou sobre a inexistência dos requisitos autorizadores da concessão de medida preventiva, defendendo que o mercado de pedidos de comida é extremamente dinâmico, contemplando diversos modelos de negócio e que a celebração de acordos de exclusividade entre restaurantes e a plataforma criaria incentivos para que esta invista em seus parceiros, sendo tal cláusula necessária para evitar o efeito *free rider*<sup>14</sup> e garantir à plataforma o retorno do seu investimento (BRASIL, 2021).

A Rappi apresentou nova manifestação, rebatendo os principais pontos alegados pela iFood, que juntou aos autos mais duas manifestações e uma apresentação, resumindo os principais pontos expostos em suas manifestações anteriores e defendendo a inexistência de requisitos a embasar a adoção de medida preventiva. Também reforçou a urgência da concessão da medida preventiva e apresentou parecer econômico intitulado “Análise concorrencial dos acordos de exclusividade praticados pelo iFood no mercado de entrega online de comida” elaborado pela Tendências Consultoria Integrada (BRASIL, 2021).

Paralelamente, em 30/12/2020, a Associação Brasileira de Bares e Restaurantes – ABRASEL apresentou ao Cade representação em desfavor do iFood, defendendo que os aplicativos de pedidos online de comida aumentaram sua importância como canal de vendas de bares e restaurantes que são os seus filiados e que, pelas suas previsões, o iFood seria o líder desse mercado com aproximadamente 86% de *market share*<sup>15</sup> e que estaria abusando desse suposto poder de mercado por meio de condutas como o estabelecimento de barreiras de mercado aos concorrentes e a alavancagem da dominância no mercado de pedidos online de comida para mercados adjacentes, o que, em decorrência dos potenciais efeitos concorrenciais dos contratos de exclusividade, demandariam uma atuação imediata do CADE, impedindo que a plataforma dominante continue prejudicando a atuação de seus competidores, dos restaurantes e dos consumidores finais (BRASIL, 2021).

A Associação Brasileira de Bares e Restaurantes (Abrasel) e a Uber Eats também representaram ao Cade contra o iFood e o desdobramento da questão se deu com a Superintendência-Geral do Cade impondo medida preventiva contra o iFood para determinar que a empresa não firme novos contratos de exclusividade com restaurantes, não altere os já celebrados sem cláusula de exclusividade e que, ao fim dos que têm cláusula de exclusividade em vigência, esta não poderá ser prorrogada (PIMENTA, 2021).

Da conclusão da Nota Técnica nº 4/2021/CGA1/SG/CADE, no Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo nº 08700.004588/2020-47, entendeu-se pela necessidade de intervenção imediata da autoridade antitruste como forma de evitar danos irreparáveis ou de difícil reparação à livre concorrência, deferindo-se a concessão de medida preventiva, fixando-se, a título de multa em caso de descumprimento da medida preventiva, o valor de R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) por dia de descumprimento, até a decisão final do processo administrativo (BRASIL, 2021).

14 Tradução livre: efeito carona.

15 Tradução livre: quota de mercado.



Do outro lado, o iFood informou em nota que recebe com tranquilidade a decisão da Superintendência Geral do Cade, que seguirá cooperando com o Cade para esclarecer quaisquer dúvidas e preocupações que a autoridade possa ter, que mantém em vigor os contratos firmados pela empresa com os seus parceiros exclusivos, pois a preservação dos contratos é medida importante para garantir segurança jurídica ao setor, permitindo que a empresa continue apoiando o crescimento de seus parceiros exclusivos, especialmente em um momento tão desafiador, tendo convicção de que as suas políticas comerciais são legítimas e pró-competitivas, beneficiando especialmente os próprios restaurantes (PIMENTA, 2021).

### **3.3. Análise no direito comparado**

Com base no método funcionalista de direito comparado, definido por Dutra (2016, p. 198) como aquele que pretende identificar respostas jurídicas similares ou distintas, em conflitos sociais que se assemelham mesmo ocorrendo em lugares distintos no mundo, tendo em conta a importância das relações de mercado, a relevância da economia de plataforma para o desenvolvimento socioeconômico em escala global e considerando que, conforme os ditames constitucionais, mormente o artigo 173, § 4º (BRASIL, 1988), a atuação do Estado na ordem concorrencial e sua intervenção na economia se dá, justamente, pelo poder de intervenção para garantir a livre concorrência (FERRER; MOLLICA, 2017, p. 782), serão feitas análises a respeito das situações que vulnerabilizam a livre concorrência no ambiente da economia de plataforma.

Isso se justifica pelo fato de que a economia de plataforma é um fenômeno experimentado globalmente, tendo as autoridades de concorrência de vários países realizado estudos correlatos a problemática relacionada ao desenvolvimento deste artigo, o que traria uma visão mais ampla sobre esse fenômeno da sociedade hipermoderna, cada vez mais digital e interconectada, podendo contribuir ao debate pela necessidade de regulação quanto as cláusulas de exclusividade nos contratos firmados entre as empresas e as plataformas digitais, em prol da livre concorrência e da garantia pelo desenvolvimento nacional.

#### **3.3.1. União Europeia**

No Tratado sobre o funcionamento da União Europeia (UNIÃO EUROPEIA, 2016) há disposição a respeito das regras de concorrência aplicáveis às empresas, restando consignada a proibição de práticas que possam restringir ou falsear a concorrência, tais como a limitação ou o controle de distribuição<sup>16</sup>, sendo incompatível com o mercado e proibido o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado, por meio de práticas como a limitação da distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores (UNIÃO EUROPEIA, 2016)<sup>17</sup>.

16 Artigo 101.º (ex-artigo 81.º TCE). 1. 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 suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: [...] b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

17 Artigo 102.º (ex-artigo 82.º TCE). É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente,

Importante salientar que o campo de abrangência de entendimento de prejuízo ao consumidor é muito amplo e, por vezes, impossível de se captar de plano. Tem-se que algumas medidas e práticas reiteradas podem gerar uma exploração do mercado que leve ao controle, o que pode ocasionar em concentração de mercado e enfraquecimento de disputabilidade, por sua vez impactando o preço e a qualidade do serviço ou do produto, além de pulverizar a possibilidade do direito e liberdade de escolha, bem como abalar os pilares da livre concorrência, da livre iniciativa e até mesmo do valor social do trabalho, não se coadunando com a ideia de uma sociedade que tenha como fundamento o respeito a direitos, deveres e liberdades capazes proporcionar o desenvolvimento humano.

Aponta o documento de trabalho nº 005/2020, do Cade, ao promover uma revisão a respeito dos relatórios especializados sobre concorrência em mercados digitais, que a União Europeia observa como danosas as estratégias de plataformas dominantes voltadas ao uso do poder de mercado incipiente para forçar consumidores a escolherem uma única plataforma e, nesse processo, consolidar o seu controle sobre um mercado, cabendo ao direito antitruste intervir para impedir que a conduta inicial leve a uma consolidação definitiva do mercado, sendo tais condutas presumidamente anticompetitivas quando praticadas por plataformas dominantes (LANCIERI; SAKOWSKI, 2020, p. 101-102).

Em 15 de dezembro de 2020 foram apresentadas propostas de dois instrumentos legislativos para o regulamento dos serviços e dos mercados digitais, com o objetivo de, dentre outras coisas, estimular inovação e competitividade, proteger consumidores e evitar que *gatekeepers*<sup>18</sup> abusem de sua posição dominante (MARTINS, 2021).

Dessa forma, considerando que as iniciativas regulamentares dos Estados-Membros não conseguem dar plenamente resposta aos efeitos negativos na disputabilidade da economia de plataforma, podendo conduzir à fragmentação do mercado interno, a proposta de regulamento relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital ou regulamento dos mercados digitais tem como base o fato de que os serviços digitais têm gerado benefícios inovadores e contribuído para o mercado, abrangendo uma vasta gama de atividades cotidianas, mas que um pequeno número de plataformas em linha de grandes dimensões captura a maior parte do valor global gerado (UNIÃO EUROPEIA, 2020a, p. 1).

Assim, algumas plataformas de grandes dimensões atuam cada vez mais como portas de acesso ou controladores de acesso entre os utilizadores profissionais e os utilizadores finais, o que reforça os obstáculos existentes à entrada, por gozarem de posição enraizada e duradoura, muitas vezes em consequência da criação de um verdadeiro ecossistema de tipo conglomerado em torno dos seus serviços de plataforma (UNIÃO EUROPEIA, 2020a, p. 1).

Tal situação gera efeitos negativos como práticas desleais e falta de disputabilidade que conduzem a resultados ineficientes no setor digital como, por exemplo, preços mais elevados, qualidade inferior, menor escolha e menor inovação, tendo a proposta o objetivo de permitir o desbloqueio de todas as potencialidades, dando uma resposta às situações mais proeminentes de

---

consistir em: [...] b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; (UNIÃO EUROPEIA, 2016).

18 Segundo Martins (2021), *gatekeepers* é o termo utilizado pela Comissão Europeia para definir as grandes empresas de tecnologia: Google, Amazon, Facebook e Apple. De acordo com o Digital Markets Act, *gatekeepers* são plataformas que operam em um ou mais dos serviços principais do mundo digital (incluindo busca, redes sociais, serviços de mensagens instantâneas, serviços de intermediação online etc.).



práticas desleais e fraca disputabilidade para permitir que se tire pleno partido da economia de plataformas e da economia digital em geral, num meio disputável e equitativo (UNIÃO EUROPEIA, 2020a, pp. 2-3).

Nesse quadro, o capítulo III da proposta de regulamento relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital trata das práticas dos controladores de acesso que limitam a disputabilidade ou que são desleais (UNIÃO EUROPEIA, 2020a, p. 45). De acordo com o item b, do artigo 5º, os controladores de acesso devem permitir as empresas que estas ofereçam os seus serviços por outras vias, inclusive com condições e preços diferenciados<sup>19</sup>.

Já a proposta de regulamento relativo a um mercado único de serviços digitais ou regulamento dos serviços digitais, pontua que as inovações da sociedade da informação, como a economia de plataforma, transformaram a forma como os cidadãos se comunicam, consomem e exercem suas atividades econômicas, tendo a crise ocasionada pela disseminação do coronavírus (COVID-19) demonstrado a importância assumida pelas tecnologias digitais, defendendo regras que sustentem um ambiente digital competitivo, em respeito à proteção de direitos fundamentais, incluindo-se responsabilidades em matéria de apresentação de relatórios e transparência aplicáveis às plataformas digitais e às autoridades, procurando assegurar melhores condições para a prestação de serviços digitais inovadores, contribuindo para a segurança em linha, para a proteção dos direitos fundamentais e para a supervisão eficaz dos prestadores dos serviços intermediários (UNIÃO EUROPEIA, 2020b).

### 3.3.2. Reino Unido

Assim como vem acontecendo em outros mercados, no Reino Unido ocorrem potenciais problemas concorrenciais quando plataformas são, ao mesmo tempo, *gatekeepers* de determinados mercados e competidores. Com isso, plataformas dominantes podem privilegiar a venda de seus produtos ou a prestação de seus serviços em detrimento dos de empresas concorrentes, e esse tipo de auto preferência pode ser danosa, elevando barreiras concorrenciais e diminuindo a qualidade e a inovação (LANCIERI; SAKOWSKI, 2020, p. 42).

Em março de 2019, a *Digital Competition Expert Panel* desenvolveu relatório contendo recomendações estratégicas, demonstrando que os instrumentos jurídicos disponíveis não são suficientes, havendo necessidade de uma nova abordagem regulatória que promova mais ativamente a concorrência no setor da economia de plataforma (FURMAN, 2019).

Em apertada síntese, e quanto ao tema em estudo, o relatório prevê as seguintes recomendações: (i) que para promover de forma eficaz a competição nos mercados digitais, o governo deve criar uma unidade de mercados digitais pró-concorrência, encarregada de garantir a concorrência, inovação e resultados benéficos para consumidores e empresas, impondo medidas onde houver poder duradouro sobre um mercado de gargalo estratégico; (ii) que deve-se promover a avaliação de fusões em mercados digitais, devendo o CMA (autoridade de concorrência e mercados)

---

<sup>19</sup> Artigo 5.º Obrigações dos controladores de acesso. No que concerne a cada um dos respetivos serviços essenciais de plataforma identificados nos termos do artigo 3.º, n.º 7, os controladores de acesso devem: [...] b) Permitir que os utilizadores profissionais proponham os mesmos produtos ou serviços aos utilizadores finais por via de serviços de intermediação em linha de terceiros a preços ou em condições diferentes dos propostos por via dos serviços de intermediação em linha do controlador de acesso; (UNIÃO EUROPEIA, 2020a, pp. 2-3).

tomar medidas mais frequentes e firmes em situações que possam ser prejudiciais por meio da redução dos níveis futuros de inovação e competição; e (iii) que os processos do CMA devem ser simplificados, para facilitar o uso maior e mais rápido de medidas provisórias para proteger os rivais contra danos significativos (FURMAN, 2019).

O relatório final da CMA, de 1º de julho de 2020 (*online platforms and digital advertising market study*), que consiste numa investigação de mercado, cujo principal objetivo foi avaliar a situação da concorrência no setor da economia de plataforma, aborda situações como o impacto concorrencial da falta de transparência, conflitos de interesses e alavancagem de poder de mercado, propondo, dentre outras questões, um código de conduta aplicável a economia de plataforma, baseado em um comércio justo, em escolhas abertas, na confiança e na transparência, com princípios dentro de cada um de seus objetivos, proporcionando maior especificidade quanto ao comportamento exigido (REINO UNIDO, 2020b, p. 23).

Além do código, há no relatório final recomendação de intervenções pró-competitivas com o objetivo de impedir a exploração de usuários e a exclusão de concorrentes, para atacar as fontes de poder de mercado diretamente, por superação de barreiras à entrada e expansão (REINO UNIDO, 2020b, p. 23).

Assim, de uma visão geral a respeito do desenvolvimento de um regime regulatório pró-competitivo, observa que este geraria benefícios aos consumidores, tendo como objetivos a promoção da competição pela superação de barreiras à entrada e expansão e, assim, enfrentando as fontes de poder de mercado, protegendo tanto a concorrência quanto os consumidores onde as plataformas online tem poder de mercado na condição de verdadeiras *gatekeepers*, governando o comportamento das mesmas para garantir o não envolvimento em atos de exploração, exclusão ou outras práticas que possam reduzir a confiança e a transparência no âmbito da economia de plataforma (REINO UNIDO, 2020b, p. 324), tendo sido proposto um regime distinto de controle de fusões para empresas com status de mercado estratégico (REINO UNIDO, 2020a, p. 324).

### 3.3.3. Estados Unidos da América

O relatório do *Stigler Committee on Digital Platforms* destacou não apenas as dificuldades de aplicar os instrumentos antitruste, como também a necessidade de criação de dispositivos para uma melhor compreensão dos casos em que *startups* podem desafiar as empresas incumbentes, considerando que as empresas dominantes não devem mais ter *safe-harbors*<sup>20</sup> para contratos de exclusividade ou outras restrições verticais, mesmo em casos em que a duração for limitada, uma vez que pequenas violações podem ser o suficiente para consolidar mercados (ZINGALES; ROLNIK; LANCIERI, 2019, p. 95-98).

Por sua vez, o subcomitê de direito antitruste, comercial e administrativo publicou um relatório a respeito da concorrência nos mercados digitais. Menciona tal documento o monopólio do Google sobre a busca, por meio de contratos anticompetitivos, com imposição de cláusulas de exclusividade para estender o monopólio de pesquisa do Google do *desktop* para o celular, afirmando-se que documentos mostram que o Google exigiu que os fabricantes de *smartphones* pré-instalassem e dessem status aos próprios aplicativos do Google, impedindo os concorrentes na pesquisa (NADLER;

20 Cláusula ou disposição regulamentar ou estatutária que permita ou determine que determinadas condutas não serão consideradas violação de uma regra.





CICILLINE, 2020).

Aludido relatório contém uma série de recomendações para o restabelecimento de uma concorrência saudável no âmbito da economia de plataforma, dentre as quais: (i) a necessidade da restauração da competição na economia digital, com proibições de abusos de poder, coibindo que as plataformas dominantes se envolvam em práticas de contratação que derivam de sua posição dominante no mercado; (ii) fortalecimento das leis antitruste, protegendo concorrentes nascentes, fortalecendo a lei sobre fusões verticais e proibindo o abuso de dominância e esclarecimento de proibições sobre alavancagem de monopólio, preços predatórios, negação de instalações essenciais, recusas de negócios, venda casada e auto preferência anticompetitiva; e (iii) a restauração da aplicação antitruste, em especial com uma supervisão robusta do Congresso sobre as leis antitruste e sua aplicação e o fortalecimento da aplicação privada por meio da eliminação de obstáculos (NADLER; CICILLINE, 2020).

#### **4. CONCLUSÕES**

A partir das ideias expostas, com a finalidade de manter a lógica entre as premissas estabelecidas e o objeto da presente investigação, apresenta-se as seguintes conclusões:

1. A economia de plataforma é uma realidade que veio para ficar, estabelecendo-se como importante forma de organização do mercado para a garantia do desenvolvimento socioeconômico na sociedade hipermoderna, o que ficou ainda mais evidente com as barreiras impostas pela pandemia ocasionada pela disseminação do coronavírus (COVID-19).
2. Isso demonstra a importância assumida pelas tecnologias digitais e a necessidade de preservação de uma concorrência salutar nesse ambiente para a fundamentação de uma sociedade com base no respeito a direitos, deveres e liberdades capazes proporcionar o desenvolvimento humano.
3. Se a economia de plataforma gera benefícios importantes para o desenvolvimento socioeconômico, esses benefícios precisam ser melhor distribuídos e devem respeitar a livre concorrência.
4. O direito não acompanha a velocidade das inovações tecnológicas, não sendo o ordenamento jurídico atual capaz de solucionar satisfatoriamente todas as situações decorrentes da economia de plataforma, o que pode gerar vulnerabilidades ao ponto de impactar preceitos constitucionais, denotando a necessidade de regulação.
5. Dentre tais situações se encontram as cláusulas de exclusividade nos contratos firmados entre as empresas fornecedoras de bens ou serviços e as plataformas digitais, que podem criar barreiras artificiais a concorrência dessa forma de organização de mercado.
6. Tão dinâmico quanto a economia de plataforma deve ser o direito, com base nos preceitos constitucionais, para implementar mecanismos reguladores que possam assegurar a livre concorrência a serviço da sociedade.
7. Em que pese a necessidade de respeito ao pactuado em contrato, as cláusulas de exclusividade nos contratos firmados entre empresas e plataformas digitais podem,

mesmo que não em um primeiro momento, causar uma série de impactos socioeconômicos negativos, como, por exemplo, violações a livre concorrência, a livre iniciativa, ao valor social do trabalho, bem como o aumento de preço e a queda de qualidade na prestação do serviço ao consumidor e as próprias empresas.

8. Por último, mas não menos importante, sendo a livre concorrência um dos princípios norteadores da ordem econômica nacional e a livre iniciativa e o valor social do trabalho objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a simples possibilidade de violação de tais preceitos constitucionais já justifica o dever de ação das autoridades antitruste.

## 5. REFERÊNCIAS

AGRA, Patrícia. Rappi x ifood: concorrência no mercado de aplicativos de alimentação. **O Consumerista**, 24 nov. 2020. Disponível em: <https://www.oconsumerista.com.br/2020/11/rappi-ifood-aplicativos-alimentacao/>. Acesso em: 14 abr. 2021.

BENSOUSSAN, Fabio Guimarães; GOUVÊA, Marcus de Freitas. **Manual de direito econômico**. Salvador: Juspodivm, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 09 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. 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. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm). Acesso em: 13 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019a**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm#art7](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm#art7). Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da justiça e segurança pública - MJSP. Conselho administrativo de defesa



econômica - Cade. **Nota técnica nº 4/2021/cgaa1/sga1/sg/Cade**. Procedimento preparatório nº 08700.004588/2020-47. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOCJ9vWg910yBFjKhqOPfAlxse1Xr\\_t\\_z6Ut7QkHkbFWy1QyTXBgSq6jEeE2suP3u9vuf6vhDmcjGqPzqb3ETHF](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOCJ9vWg910yBFjKhqOPfAlxse1Xr_t_z6Ut7QkHkbFWy1QyTXBgSq6jEeE2suP3u9vuf6vhDmcjGqPzqb3ETHF). Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Tribunal Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução nº 22, de 19 de junho de 2019b**. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Brasília, DF: Presidência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, [2020]. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/regimento-interno>. Acesso em: 14 abr. 2021.

BRASIL. Ministérios da Justiça e Segurança Pública. Autarquia: **Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/Acesso/institucional/sumario/quemequem/autarquia-conselho-administrativo-de-defesa-economica-cade#:~:text=Compet%C3%Aancia%3A%20Ao%20CADE%20compet%20prevenir,ao%20abuso%20do%20poder%20econ%C3%B4mico>. Acesso em: 13 abr. 2021.

CARDOSO, Gleissa Mendonça Faria; CARMO, Valter Moura do. Função social/solidária da empresa nos negócios virtuais. **Revista Jurídica da FA7**, Fortaleza, v. 14, n. 2, p. 137-157, jul./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/509/371>. Acesso em: 13 abr. 2021.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet**: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTRO, Matheus Felipe de. **Capitalista coletivo ideal**: o estado, o mercado e o projeto de desenvolvimento na Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DIAS, Jefferson Aparecido; FRAGA, Fellipe Vilas Bôas; OLIVEIRA, Bruno Bastos de. Consumo colaborativo através de políticas de microcrédito ao agronegócio familiar sob a perspectiva do desenvolvimento sustentável e da livre concorrência. **Revista Húmus**, São Luís, v. 10, n. 29, p. 128-149, mai./ago., 2020. Disponível em: <http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/13984>. Acesso em: 04 abr. 2021.

DUTRA, Deo Campos. Método(s) em direito comparado. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 61, n. 3, p. 189-212, set./dez. 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/46620>. Acesso em: 14 abr. 2021.

FERRER, Catharina Martinez Heinrich; MOLLICA, Rogerio. **Direito de concorrência e UBER**. Revista Argumentum, Marília, v. 18, n. 3, p. 779-797, set./dez. 2017. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/508/251>. Acesso em: 14 abr. 2021.

FRAGA, Felipe Vilas Bôas; OLIVEIRA, Bruno Bastos de; ROSSIGNOLI, Marisa. Collaborative consumption and economic development: an analysis from the perspective of combating the coronavirus pandemic (covid-19). **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 5, n. 62, p. 251-292, V. Especial Dezembro. 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4928>. Acesso em: 14 abr. 2021.

FRAGA, Fellipe Vilas Bôas. OLIVEIRA, Bruno Bastos de. O papel das serventias extrajudiciais na desjudicialização das questões relativas à guarda, visitação e pensão alimentícia de menores de

idade. **Cognitio Juris**, João Pessoa, a. X, n. 32, p. 474-505, jul./dez. 2020b. Disponível em: [http://www.cognitiojuris.com/artigos/EDICAO\\_32.pdf](http://www.cognitiojuris.com/artigos/EDICAO_32.pdf). Acesso em: 22 jan. 2021.

FRAGA, Fellipe Vilas Bôas; FERREIRA, Rui Miguel Zeferino; OLIVEIRA, Bruno Bastos de. O consumo colaborativo como meio de promoção do desenvolvimento nacional sustentável na sociedade hipermoderna. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-20, jan./abr. 2020. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/4123>. Acesso em: 09 abr. 2021.

FRAGA, Fellipe Vilas Bôas; OLIVEIRA, Bruno Bastos de. **O consumo colaborativo como mecanismo de desenvolvimento sustentável na sociedade líquido-moderna**. Uberlândia: LAECC, 2020a.

FURMAN, Jason. **Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel**. Reino Unido: OGL, 2019. Disponível em: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/785547/unlocking\\_digital\\_competition\\_furman\\_review\\_web.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf). Acesso em: 16 abr. 2021.

I FOOD. **Ifood: Delivery de Comida e Mercado**, 2021. Disponível em: <https://www.ifood.com.br/>. Acesso em: 14 abr. 2021.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução de Inês A. Lohbauer. São Paulo: Martin Claret, 2018.

LANCIERI, Filippo Maria; SAKOWSKI, Patrícia Alessandra Morita. Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados. **Documento de Trabalho nº 005/2020**. Brasília: Departamento de Estudos Econômicos, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3obQ9bc>. Acesso em: 15 abr. 2021.

LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Barcarolla, 2004.

LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade. Tradução de Saulo Krieger. Tradução das citações em latim de Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MARTINS, Camila Lisboa. **Plataformas de entrega e cláusula de exclusividade: como deve ser a atuação do CADE? B/Luz**, São Paulo, 7 abr. 2021. Disponível em: [https://baptistaluz.com.br/institucional/clausula-de-exclusividade-cade/#\\_ftn2](https://baptistaluz.com.br/institucional/clausula-de-exclusividade-cade/#_ftn2). Acesso em: 16 abr. 2021.

MERCADO DE DELIVERY transformou a tendência em necessidade e segue em crescimento no Brasil em 2021. **Abrasel**, Belo Horizonte, 17 jan. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/38S8Zk4>. Acesso em: 14 abr. 2021.

MORAES, Julio Lucchesi. TICs, TICKs e Economia de Plataforma: Ecosystemas Digitais e Perspectivas de Desenvolvimento. **Informações FIFE: Boletim da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas**. Temas de economia aplicada, n. 425, p. 31-33, 2016. Disponível em: <https://downloads.fipe.org.br/publicacoes/bif/bif425-31-33.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2021.

NADLER, Jerrold; CICILLINE, David N. **Investigation of competition in digital markets. Washington: Subcommittee on antitrust, commercial and administrative law of the Committee on the judiciary, 2020**. Disponível em: [https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition\\_in\\_digital\\_markets.pdf](https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf). Acesso em: 16 abr. 2021.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Economia colaborativa e desafios ao ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 115, a. 27, p. 479-495, 2018. Disponível em: <https://revistadedireitodoconsumidor.emnuvens.com.br/rdc/article/view/1071/1312>.



Acesso em: 04 abr. 2021.

OLIVEIRA, Bruno Bastos de. **Arbitragem tributária**: racionalização e desenvolvimento econômico no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

OLIVEIRA, Maria das Graças Macena Dias de; VITA, Jonathan Barrosta; GERMINARI, Jefferson Patrik. Regulação da utilização de patinetes elétricos e os aspectos relevantes no direito comparado. **Cognitio Juris**, João Pessoa, a. XI, n. 33, p. 417-453, fev. 2021. Disponível em: <https://cognitiojuris.com/2021/02/01/cognitio-juris-33a-edicao/>. Acesso em: 13 abr. 2021.

PIMENTA, Guilherme. Cade determina que ifood pare de firmar contratos de exclusividade com restaurantes: órgão antitruste impõe medida preventiva contra empresa. **Jota**, São Paulo, 10 mar. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/concorrenca/cade-ifood-exclusividade-10032021>. Acesso em: 14 abr. 2021.

PLASTINA JÚNIOR, Márcio Gabriel; LEAL, Leonardo José Peixoto. A atuação do conselho administrativo de defesa econômica (cade) no processo de incorporação da empresa recuperanda e a teoria failing company defense. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 109-129, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/412>. Acesso em: 13 abr. 2021.

RAPPI. **Rappi**: Peça supermercados, restaurantes e muito mais, 2021. Disponível em: <https://www.rappi.com.br/>. Acesso em: 14 abr. 2021.

REINO UNIDO. **Competition and Markets Authority. Appendix F: The SMS regime**: a distinct merger control regime for firms with SMS. Reino Unido, 2020a. Disponível em: <https://bit.ly/3kD6d4D>. Acesso em: 16 abr. 2021.

REINO UNIDO. **Competition and Markets Authority**. Online platforms and digital advertising market study: relatório final de 1º de julho de 2020b. Reino Unido, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3vJu8WG>. Acesso em: 16 abr. 2021.

ROCHA, Daniel Favoretto. Concorrência em Mercados Digitais e Desafios ao Controle de Atos de Concentração. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 7, n. 2, p. 99-121, jul./dez. 2019. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/413/236>. Acesso em: 13 abr. 2021.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia de Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SUNDARARAJAN, Arun. Economia compartilhada: o fim do emprego e a ascensão do capitalismo de multidão. Tradução de André Botelho, São Paulo: Senac São Paulo, 2018.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Economia de plataforma (ou tendência à bursatilização dos mercados): ponderações conceituais distintivas em relação à economia compartilhada e à economia colaborativa e uma abordagem de análise econômica do direito dos ganhos de eficiência econômica por meio da redução severa dos custos de transação. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, a. 6, n. 6, p. 1977-2013, 2020. Disponível em: [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/4/2020\\_04\\_1977\\_2013.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/4/2020_04_1977_2013.pdf). Acesso em: 13 abr. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, COM (2020) 842 final, 2020/0374 (COD), de 15 de dezembro de 2020a.** Relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital (Regulamento Mercados Digitais). Bruxelas, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3kFW4Eh>. Acesso em: 16 abr. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. **Proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, COM(2020) 825 final, 2020/0361 (COD), de 15 de dezembro de 2020b.** Relativo a um mercado único de serviços digitais (Regulamento Serviços Digitais) e que altera a Diretiva 2000/31/CE. Bruxelas, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3FcMLW2>. Acesso em: 16 abr. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o funcionamento da União Europeia (versão consolidada). **Jornal Oficial da União Europeia**, v. 7, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/38Pvkys>. Acesso em: 14 abr. 2021.

ZINGALES, Luigi; ROLNIK, Guy; LANCIERI, Filippo Maria. Stigler Committee on Digital Platforms. **Chicago Booth**, Chicago, set. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/38PvXlk>. Acesso em: 16 abr. 2021.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Campus jurídico, 2005.

### **FELLIPE VILAS BÔAS FRAGA**

O autor Fellipe Vilas Bôas Fraga, CPF 114.417.417-12, informa que foi responsável pelo projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing-original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing-review and editing), aprovação da versão final (final version approval).

### **JONATHAN BARROS VITA**

O autor Jonathan Barros Vita informa que foi responsável pelo projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing-original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing-review and editing), aprovação da versão final (final version approval).

### **BRUNO BASTOS DE OLIVEIRA**

O autor Bruno Bastos de Oliveira, CPF 046.122.354-60, informa que foi responsável pelo projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing-original draft), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing-review and editing), aprovação da versão final (final version approval).

### **COMO CITAR ESTE ARTIGO:**

FRAGA, Fellipe Vila Bôas; VITA, Jonathan Barros; OLIVEIRA, Bruno Bastos de. Regulação, desenvolvimento e concorrência: análise das cláusulas de exclusividade nos contratos entre empresas e plataformas digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 140-158, 2022.





# 9

## O COMPROMISSO CONCORRENCIAL NOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE DAS COMPANHIAS DO NOVO MERCADO<sup>1</sup>

The commitment to competition in integrity programs

Caroline Victor Soeiro Cabral<sup>2</sup>

Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF/MG) - Juiz de Fora/MG, Brasil

Caroline da Rosa Pinheiro<sup>3</sup>

Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF/MG) - Juiz de Fora/MG, Brasil

### RESUMO ESTRUTURADO

**Contextualização:** O artigo é fruto de um trabalho estruturado do grupo Empresa, Desenvolvimento e Responsabilidade (EDRESP), que no ano de 2020 avaliou os programas de integridade do segmento do Novo Mercado da B3 em diversos critérios, e, dentre eles, concorrência.

**Objetivo:** verificar a importância dada à matéria concorrencial como elemento de influência no funcionamento do mercado e enquanto *standard* assumido pelas empresas através de seus programas de integridade.

**Método:** pesquisa empírica, considerando que o trabalho se desenvolveu por meio da análise dos programas de integridade *latu sensu* das empresas do Novo Mercado, a partir da submissão, pelo próprio pesquisador, a um questionário estruturado - composto por perguntas cujas respostas foram

**Editor responsável:** Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braidó, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

**OCIRD:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

1 **Recebido em:** 03/08/2022 **Aceito em:** 25/03/2022 **Publicado em:** 09/06/2022

2 Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Pós-graduanda em Compliance e Integridade Corporativa pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Advogada (OABMG207.030) atuante no setor privado em temas de Governança Corporativa e Compliance. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Empresa, Desenvolvimento e Responsabilidade (EDRESP) da Faculdade de Direito da UFJF desde 2018 – Presente. **E-mail:** carolvsoeiro@gmail.com. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/6425577008058205>. **ORCID:** <http://lattes.cnpq.br/6425577008058205>.

3 Professora Adjunta do curso de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Doutora em Direito pela UERJ (linha de pesquisa: Empresa e Atividades Econômicas), Mestre pela Fundação Getúlio Vargas - FGV/Direito-Rio, Especialista em Advocacia Empresarial pela Universidade Gama Filho e Bacharel em Direito pela Universidade Cândido Mendes - Centro. Membro do Instituto Compliance Rio (ICRio), da Comissão Permanente de Direito Empresarial do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) e Membro das Comissões de Direito Empresarial e de Compliance da Ordem dos Advogados do Brasil do Rio de Janeiro (OAB-RJ); da Associação do Ensino do Direito (ABEDI) e do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (Conpedi). Coordenadora do Grupo de Pesquisa Empresa, Desenvolvimento e Responsabilidade (EDRESP) da Faculdade de Direito da UFJF. Tem experiência na área de Direito Empresarial, Contratual, Internacional e Marítimo. **E-mail:** caroline.ufjf@gmail.com **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5677415478719377>. **ORCID:** <http://orcid.org/0000-0002-0495-3218>.

pré-estabelecidas. No período definido de 15/01/2020 a 15/02/2020, foram submetidos à análise os dados dos programas de integridade de 142 (cento e quarenta e duas) Companhias, à época elencadas na listagem do Novo Mercado.

**Resultados:** Os resultados da análise de dados, resguardadas as limitações próprias à natureza desta pesquisa, a saber, o acesso integral aos dados das Companhias e às ações internas eventualmente empreendidas e não divulgadas por estas, demonstraram que, apesar da expectativa de que todas as empresas listadas no segmento do Novo Mercado contenham programas de integridade satisfatoriamente estruturados, os quais podem auxiliar na tutela da concorrência, os programas, aparentemente, falham ou em divulgar as políticas de forma completa ou em preencher todos os requisitos elencados e recomendados pelo Cade.

**Conclusões:** conclui-se que os programas de integridade, da forma como ora se apresentam ao público a partir dos sítios eletrônicos das Companhias do Novo Mercado da B3, apresentam conteúdo supostamente declaratório, que, a princípio, não vinculam os compromissos sustentados no programa de integridade.

**Palavras-chave:** Programas de Integridade; Compliance; Concorrência; Autorregulação; Novo Mercado, Mercado de Capitais.

## STRUCTURED ABSTRACT

**Background:** The article is a result of a structured research by Empresa, Desenvolvimento e Responsabilidade (EDRESP) group, which in 2020 evaluated the integrity programs of the Novo Mercado segment of B3 in various criteria, and among them, competition.

**Goal:** to verify the importance given to competition matters as an element of influence in the functioning of the market and as a standard assumed by companies through their integrity programs

**Method:** empirical research, considering that the work was developed through the analysis of the *latu sensu* integrity programs of the Novo Mercado companies, through the submission to a structured questionnaire - composed of questions in which answers were pre-established. In the defined period from 01/15/2020 to 02/15/2020, data from the integrity programs of 142 (one hundred and forty-two) Companies at the time listed in Novo Mercado were submitted for analysis.

**Results:** The results of the data analysis, subject to the limitations inherent to the nature of this research: full access to the Companies' data and to the internal actions eventually undertaken and not disclosed by them; showed that, despite the expectation that all the companies listed in the Novo Mercado segment contain satisfactorily structured integrity programs, which can help protect competition, the programs apparently fail to either fully disclose the policies or fulfill all the requirements listed and recommended by CADE.

**Conclusions:** it is concluded that the integrity programs, in the way they are presented to the public from the websites of B3's Novo Mercado Companies, present supposedly declaratory content, which, in principle, do not bind the commitments sustained in the program of integrity.

**Keywords:** *Integrity Programs; Compliance; Competition; Self-regulation, Capital Market.*

**Código de classificação JEL:** K21



**Sumário:** 1. Introdução; 2. Compliance e Concorrência: a importância dos programas de integridade para o mercado de capitais; 3. Compliance e Cade: Principais fatores para um programa adequado em matéria de concorrência; 4. Compliance e os desafios do novo mercado; 5. Compliance concorrencial nos programas no novo mercado; 5.1. Panorama quantitativo; 5.2. Panorama qualitativo; 6. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo busca investigar a efetividade do compromisso com a matéria concorrencial presente nos programas de integridade (*compliance*) das Companhias listadas no segmento do “Novo Mercado” (“NM”), de acordo com os parâmetros da Brasil, Bolsa, Balcão (“B3”). Em teoria, tais Companhias possuem os melhores padrões de governança corporativa no mercado brasileiro, pois atendem de forma satisfatória aos requisitos em matéria de regulação, conforme será demonstrado no tópico 4, onde discute-se o papel e a função pública da B3, e, assim, os desafios do *compliance* no contexto do Novo Mercado.

Em contrapartida, será detalhado no tópico 2 o entendimento de que o mercado é o espaço de atuação dos agentes – que se relacionam com os outros, igualmente essenciais à lógica mercadológica e, por consequência, à economia. A partir da obra “Os fundamentos do Antitruste” (FORGIONI, 2015), afere-se que o Direito Concorrencial, ou Antitruste, consiste em uma técnica que o Estado se apoia para implementar políticas públicas, com o objetivo de coibir o abuso econômico, em prol da tutela da livre-concorrência. Logo, compreende-se a concorrência como elemento vital para o funcionamento do mercado, e consequente manutenção do bem-estar social – uma vez que toda sociedade se submete à dinâmica da economia e está sujeita aos seus efeitos.

Conforme será melhor explorado no tópico 3, a tutela da livre concorrência no Brasil se faz, principalmente, com fundamento na Lei 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência – “LDC”) (BRASIL, 2011) e pela ação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade – que estabelece diretrizes para alinhar a legislação pátria ao funcionamento pleno do mercado e à preservação da livre concorrência. Considerando a preocupação com a agenda concorrencial face ao *compliance*, o Cade publicou um guia (BRASIL, 2016) para orientar os agentes privados na observância das balizas concorrenciais, uma vez que as sanções e infrações correspondentes à violação destes parâmetros são graves, podendo gerar, inclusive, processos na esfera cível e criminal.

Destarte, através do método dedutivo, e considerando as observações acima expostas, pretende-se, a partir do exame dos programas de integridade das empresas listadas no segmento do NM, identificar se, e como as orientações estabelecidas pelo Cade foram consideradas no *compliance* das Companhias listadas. Destaca-se a importância da presença de tais recomendações, considerando, dentre outras questões, o teor das sanções derivadas de eventuais violações às boas práticas concorrenciais.

A metodologia será detalhadamente explicada no tópico 5, dedicado à apresentação dos dados coletados. Basicamente, esta consiste na construção de um questionário estruturado de acordo com as peculiaridades da seara concorrencial, em conexão ao *compliance*. Ademais, a pesquisa é parte das atividades do grupo de pesquisa “Empresa, Direito e Responsabilidade” (“EDRESP”), da

Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora que, durante o ano de 2020 dedicou-se, especificamente, à verificação da qualidade dos programas de integridade das Companhias do Novo Mercado a partir de diferentes critérios. O presente trabalho busca, portanto, aferir: (i) a relevância conferida ao compliance concorrencial a partir da análise dos documentos e (ii) a influência (ou não) da B3 na qualidade dos programas de integridade.

A análise dos programas foi feita no período compreendido entre 15/01/2020 e 15/02/2020<sup>4</sup>. A verificação de cada documento se deu a partir de parâmetros reunidos em um questionário, previamente estruturado com base em estudos e pesquisa sobre *compliance* concorrencial.

As conclusões apresentadas neste artigo relacionam-se com o resultado da análise dos dados obtidos através do questionário, com a investigação sobre os parâmetros concorrenciais do *compliance*. Para tanto, baseou-se nas lições de Paula Forgioni (2015) na obra “Os Fundamentos do Antitruste” e de Ana Frazão, com ênfase na obra “Direito da Concorrência” (FRAZÃO, 2013), harmonizando o entendimento proposto pelas professoras em matéria de concorrência com as disposições da legislação pátria e do Guia Programas de compliance do Cade (BRASIL, 2016) sobre o tema.

A partir do exposto, por meio da análise de dados empreendida, busca-se confirmar a hipótese de que as empresas listadas no segmento do Novo Mercado contam com programas de integridade satisfatoriamente estruturados, os quais podem auxiliar na tutela da concorrência.

## 2. COMPLIANCE E CONCORRÊNCIA: A IMPORTÂNCIA DOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE PARA O MERCADO DE CAPITAIS

A fim de compreender a concorrência e a sua ligação com o Direito, destaca Humberto Lima de Lucena Filho (2016, p. 155):

*“A atividade econômica, parcela da ação humana, é objeto de regulação e de regulamentação pelo Direito. A visão isolacionista da Economia, desprovida de uma noção ética, como um sistema que se ocupa meramente de transações voluntárias orientadas pela alocação de recursos em um ambiente de escassez sem a preocupação das consequências possivelmente acarretáveis não se sustenta na pós-modernidade”.*

Sabe-se que, a partir do século XIX, todo mercado global desenvolveu considerável complexidade, o que intensificou a produção de normas jurídicas atreladas à economia. Cria-se então a necessidade de regulação da movimentação do capital, e, logo, da concorrência. Desde a Antiguidade grega e Romana, onde o monopólio do sal assegurava ao governo uma grande fonte de renda. Até o desenvolvimento do liberalismo econômico na Revolução Industrial, a concorrência se identifica com um modelo de organização de mercado (FORGIONI, 2015), e, nessa linha, pode-se vislumbrar a importância do fator concorrencial na história e no desenvolvimento da economia.

Nesse panorama, a observância e tutela deste importante elemento tem relevância para o Estado. Todavia, é preciso destacar que os entes privados também possuem sua parcela de

<sup>4</sup> A pesquisa completa juntamente com os resultados deste artigo será apresentada em obra coletiva (no prelo) organizada pelo Grupo Empresa, Desenvolvimento e Responsabilidade (EDResp) e publicada pela Editora Foco com previsão de publicação para nov-dez 2021.



protagonismo no que tange à sua atuação e respeito às normas concorrenciais, haja vista importância da livre concorrência e a oxigenação do mercado. Tem assim o condão de evitar prejuízos aos consumidores, expostos de forma lesiva às ações que inviabilizam esse instrumento de regulação.

Logo, considera-se a potencialidade da adoção do *compliance* enquanto ferramenta de autorregulação, e, conforme se afere das lições da professora Ana Frazão, existem grandes expectativas de que o *compliance*, como instrumento de viabilização de observância das normas jurídicas e éticas, possa superar as deficiências do modelo regulatório tradicional, baseado no comando e no controle<sup>5</sup>.

Este instrumento, se existente e operante, conforme estipula o Art 7º, VIII, da Lei 12.846/2013<sup>6</sup>, serve como atenuante em casos de infração, de forma que se faz necessária a investigação dos objetivos aos quais este se presta, e, do mesmo modo, quais os mecanismos que as Companhias dispõem para efetivá-los. Sem dúvidas, a Lei Anticorrupção, como é conhecida, serviu como força motriz para alavancar o *compliance* no Brasil.

Contudo, houve um marco legal prévio, qual seja, a própria Lei 12.529/2011 – Lei de Defesa da Concorrência, que também fixou incentivos à “boa-fé” do hipotético infrator<sup>7</sup>, o que poderia se traduzir pela existência do programa de *compliance*. Mas, segundo afirmam Anne Riley e Daniel D. Sokol (2014), o *compliance* antitruste deve estar na agenda não em função do temor de eventual execução, mas porque ética e conformidade nos negócios é o certo a se fazer.

Além disso, a presença de uma estrutura de *compliance* voltada à questão concorrencial constitui um fator relevante para prevenir e dissuadir a ocorrência de infrações à ordem econômica, conforme pontua Guilherme Teno Castilho Missali (2015). Dessa forma, pode-se assegurar uma aplicação mais substantiva da legislação antitruste, fazendo do *compliance* uma ferramenta estratégica, que contribui para as autoridades concorrenciais atuarem na frente preventiva, em prol de desencorajar comportamentos anticompetitivos.

Portanto, ressalta-se que o mercado se beneficia do fomento da cultura do *compliance* no que tange à seara concorrencial, vez que se minora o risco de condutas anticompetitivas, as quais prejudicam a dinâmica de oferta e demanda, ultimamente atingindo os consumidores. Concomitantemente, este processo transmite uma mensagem positiva ao ambiente corporativo, consolidando a lógica do *compliance* na qual os agentes assumem uma postura ética, dispostos a zelar pela integridade do mercado. Importa, assim, identificar um alinhamento de iniciativa tanto das autoridades quanto dos agentes econômicos, a fim de se verificar avanços gradativos em direção ao amadurecimento da política de defesa da concorrência (RILEY; SOKOL, 2014).

### **3. COMPLIANCE E CADE: PRINCIPAIS FATORES PARA UM PROGRAMA ADEQUADO EM MATÉRIA DE CONCORRÊNCIA**

5 Afinal, os programas de integridade estão alicerçados na valorização da autonomia privada dos agentes econômicos, a fim de estimular a participação destes na adoção, difusão e exigência do cumprimento legal da legalidade e ética empresarial em relação a todos os empregados, colaboradores e administradores de empresa. Trata-se, portanto, de uma mudança de “dentro para fora” que desafia os agentes econômicos a saírem de sua postura passiva tradicional” (CUEVA; FRAZÃO, 2018).

6 Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: I - a gravidade da infração; II - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator; [...] III - a consumação ou não da infração; **VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica** (BRASIL, 2013).

7 Art. 45. Na aplicação das penas estabelecidas nesta Lei, levar-se-á em consideração: I - a gravidade da infração; **II - a boa-fé do infrator**; III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator [...]. (BRASIL, 2011).

Uma vez compreendido a interseção entre concorrência e *compliance*, deve-se traçar o panorama brasileiro na tutela deste elemento, sobre o qual é fundamental destacar a Lei 8.884/1994 (BRASIL, 1994), a Lei Antitruste por excelência, a qual transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade em Autarquia, além de versar sobre aspectos da prevenção e da repressão às infrações contra a ordem econômica. Posteriormente, a Lei 10.149/2000 alterou e acrescentou dispositivos à esta última, complementando as funções do Cade (BRASIL, 2000).

Por sua vez, a Lei 12.529/2011, a LDC (BRASIL, 2011), foi responsável por estruturar e delimitar a operação do Cade. Nesse novo desenho institucional, renovou-se a preocupação de promoção das inovações legislativas em matéria de concorrência, apurando a preocupação com os fins pretendidos pela autoridade antitruste. Com isso, o *compliance* ganhou espaço na agenda concorrencial – vide interpretação do Cade sobre o tema, uma vez que a LDC admite que os esforços para prevenção de ilícitos sejam utilizados como atenuantes frente a possíveis sanções (FRAZÃO, 2013).

Antes mesmo da promulgação do “Guia Programas de Compliance – Orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de *compliance* concorrencial” (BRASIL, 2016), documento cuja análise representou parte essencial do presente estudo, o Cade, em sede de jurisprudência, já havia disciplinado alguns aspectos dos programas de integridade com preocupação concorrencial, tendo em vista que a LDC não consagrava a potencialidade deste instrumento de forma impositiva.

A título de exemplo, verifica-se existência de Termos de Compromisso de Cessação (TCC), que contemplam a adoção do programa de *compliance* com o fito de “incrementar regras internas de prevenção a infrações concorrenciais”<sup>8</sup>. Constatando-se a crescente importância do *compliance*, o Cade, em 2016, promulgou o Guia de Programas de *compliance* supramencionado, objetivando “estabelecer diretrizes não vinculantes para as empresas a respeito desses programas [*compliance* concorrencial], especificamente, no âmbito da defesa da concorrência” (BRASIL, 2016, p. 6). Segundo o diploma, os agentes econômicos devem estabelecer práticas que não violem a LDC, buscando a Autarquia um meio de incentivar uma atitude pró-ativa por parte dos entes privados, entretanto, a implementação de programas de *compliance* concorrencial.

Noutro giro, conforme destacado no tópico anterior, a promulgação da Lei Anticorrupção (12.846/2013) (BRASIL, 2013), assim como o Decreto 8.420/2015 (BRASIL, 2015), responsável pela regulamentação e disciplina desta, foram importantes instrumentos para a consolidação dos programas de *compliance*, e serviram de estímulo para a publicação do Guia de Programas de *compliance* do Cade. O professor Gunther Teubner estabelece que essa arquitetura de autorregulação é, essencialmente, uma espécie de *hard law* - vez que somente a organização, internamente, teria a capacidade de implementar regramento efetivo, o qual de fato estivesse vinculado a seus processos e organização (TEUBNER, 2020).

Assim, parâmetros como os elencados nos Artigos 41 e 42 do Decreto 8.420/15 (BRASIL, 2015) fornecem algumas referências para a estruturação dos programas, como os padrões de ética, a ênfase em treinamentos, as revisões periódicas e o monitoramento contínuo visando o aperfeiçoamento

8 **Processo Administrativo nº 08012.011142/2006-79** (Requerente: Lafarge Brasil S.A.); **Processo Administrativo nº 08012.002493/2005-16** (Requerente: JBS S.A.). Em ambos os exemplos, encontra-se a cláusula genérica “3.1. Adoção de Programa de *Compliance*”, que, dentre outras disposições, contém recomendação de divulgação do programa de *compliance* concorrencial, bem como a execução de treinamento efetivo de todos os funcionários direta ou indiretamente ligados à atividade operacional e comercial.





das disposições em integridade. Estas e outras disposições servem de subsídio ao Guia do Cade, que se utiliza as diretrizes para traçar recomendações para prevenção das condutas anticompetitivas – direcionando as orientações para “criação de um programa interno às organizações que seja efetivo em evitar em evitar práticas que possam vir a ser entendidas como infrações colusivas ou unilaterais” (BRASIL, 2016, p. 7).

Nessa seara, há posições relevantes como a do Ministério da Justiça dos Estados Unidos - “DOJ”, que estabelecem que a política de combate às condutas anticompetitivas deve acompanhar um leque de sanções rígidas, com o condão de desencorajá-las em definitivo (SNYDER, 2014). Atualmente, o Cade fomenta a implementação de programas de compliance robustos, com certas vantagens para tanto, como a eventual redução no peso das sanções em caso de violação concorrencial.

Porém, na linha do DOJ, tal abordagem se traduz em uma mera política, afastando-se da premissa encabeçada pela lógica norte-americana: “*compliance is (or, should be) a culture, not just a policy*” (TEUBNER, 2020). Nessa lógica, se determinada companhia deixa de cumprir seu próprio programa de integridade, essa questão não deve dizer respeito ao papel do Estado, vez que o *compliance* é instrumento interno de impulso à cultura de integridade e responsabilidade no seio da organização.

Entretanto, a presente tese se baseia na estratégia do Cade, que, através do fomento à adequada implementação do programa de integridade, busca incentivar, dentro das empresas, a criação de uma cadeia de comprometimento que tem o potencial de inspirar confiança em investidores e parceiros comerciais, uma vez que as violações concorrenciais geram questionamentos acerca da ética e do modelo de negócios das organizações. Assim, considerando o papel institucional da Autarquia, o Guia foca em orientar a criação e execução de um programa de integridade hábil a mitigar a necessidade de exercício da função repressiva do órgão, consistente em investigar e punir infrações à ordem econômica (BRASIL, 2016).

Outrossim, importa ressaltar que o Guia foi o norte da elaboração do questionário que orientou a coleta de dados para esta pesquisa, cujos resultados serão expostos no tópico 5. Entende-se que as disposições deste documento promulgado pela Autarquia não têm pretensão de exaurir todo conteúdo de um programa de integridade, mas, compreendendo a autoridade do Cade na questão, assim como os benefícios do *compliance* no contexto de mercado, leva-se em conta os principais fatores destacados no Guia para avaliar a qualidade de um programa em matéria de integridade (BRASIL, 2016).

Assim, faz-se mister abordar a relevância que o Cade, repetidamente, confere aos diferentes riscos que determinada organização está exposta, pois estes variam de acordo com seu porte, posição de mercado, setor de atividades, objetivos. O órgão faz menção expressa ao fato de que não há um modelo único de programa de *compliance* e que, portanto, cabe a cada organização o estudo minucioso dos riscos aos quais se expõe, classificando-os e priorizando as atividades de *compliance* sobre aquelas que apresentam maior risco associado. Logo, compreende-se que o Guia deixa claro que é preciso conhecer bem o mercado e as especificidades da área de atuação da empresa, de modo que um programa de integridade robusto reflita este conhecimento, sob pena de se mostrar genérico, e, porquanto, ineficaz (BRASIL, 2016).

Por certo, essa preocupação foi reproduzida na confecção do questionário mencionado, assim como outras, conexas à esta. Por exemplo, o Cade faz menção à importância da revisão periódica dos

programas, considerando o dinamismo do mercado, o que modifica as condições de concorrência. Ainda que não haja a determinação de um intervalo ideal, a periodicidade deve, necessariamente, constar na agenda de *compliance*, ao menos como esforço de avaliação.

Em relação aos treinamentos, segundo o Cade, constituem um método adequado para transmissão (na própria companhia e para os seus *stakeholders*) dos objetivos e regras em matéria de integridade. Acompanha essa recomendação o respectivo registro das atividades realizadas, de modo a fortalecer a atualização e a consolidação do programa, reforçando internamente os compromissos assumidos.

Por fim, o Cade também estipula mecanismos de monitoramento dos programas, e, dentre estes, a existência de punições internas, que atendam às balizas da legislação concorrencial e, é claro, trabalhista. Tais sanções têm o condão de fortalecer o programa internamente e entre os colaboradores, bem como de realizar conformidade das práticas adotadas com as determinadas pela legislação.

De acordo com o aludido anteriormente, as recomendações feitas pelo Cade em seu Guia de Programas de *Compliance* foram compiladas em forma de questionário, com o propósito de avaliar os programas das empresas listadas pela B3 no segmento do Novo Mercado.

Diante da importância do Novo Mercado, que desde o ano 2000 é o segmento caracterizado pelo alto padrão de governança corporativa, e por reunir Companhias que adotam um conjunto de práticas diferenciadas aos olhos do mercado, delimita-se a influência deste segmento na qualidade do mercado de capitais brasileiro, e, assim, dedica-se o próximo tópico ao seu estudo.

#### 4. COMPLIANCE E OS DESAFIOS DO NOVO MERCADO

Como vislumbrado, o presente estudo foi baseado na avaliação, em matéria de integridade, com foco no aspecto concorrencial dos programas de *compliance* das empresas listadas no segmento do Novo Mercado, o qual, conforme será explicado, reúne as empresas que ostentam os melhores padrões em termos de governança corporativa. A justificativa dessa escolha é pautada na necessidade de compreensão do papel que é desempenhado pela B3 no mercado brasileiro – tanto no aspecto da sua função pública, enquanto expoente de autorregulação, quanto em relação ao fomento, desenvolvimento e implementação do *compliance*.

Nesse ínterim, destacam-se as reflexões da professora Ângela Donaggio (2016), que aponta que o sistema brasileiro de regulação de mercado compreende simultaneamente as atividades do regulador estatal e do autorregulador - sendo esse subordinado à autoridade governamental. Desse modo, o bom funcionamento da regulação do mercado de valores é de responsabilidade mútua do regulador estatal e das entidades autorreguladoras, e que esta também depende da cooperação entre as instituições envolvidas. Tal dinâmica justificaria exatamente o caráter público das Bolsas, cujas regras integram o sistema jurídico de normas do mercado de valores mobiliário, tendo caráter coativo.

Noutro plano, insta ressaltar, brevemente, a distinção entre o *compliance* e a governança corporativa. Tem-se que o primeiro consiste em instrumento da segunda, na medida em que, para atingir sua finalidade de conciliação de interesses para melhor condução da sociedade, gerando



valor para atração de investimentos, a governança corporativa se apoia em linhas mestras, a saber: transparência, integridade, prestação de contas e responsabilidade corporativa (WALD, 2002). Desse modo, no pilar da integridade, o *compliance* integra um conjunto de rotinas e práticas concebidas para prevenir riscos de responsabilidade empresarial decorrentes do descumprimento de obrigações legais ou regulatórias (CUEVA, 2018) - reforçando, afinal, a estrutura de governança, concomitantemente contribuindo para o resguardo da sociedade e da atração de investimentos.

Sob a luz de tais conceitos, passa-se a explorar a B3, que, no ano de 2000, ocasião na qual ainda era denominada “Bovespa”, representando a Bolsa de Valores do Estado de São Paulo, inaugurou o Novo Mercado, que corresponde à segmentação das Companhias de capital aberto de acordo com os níveis diferenciados de governança corporativa – Nível 1, Nível 2, Novo Mercado. Quanto mais adequadas às normas do Novo Mercado é a Companhia, quanto melhor é a sua classificação na B3, e, logo, maior é a tendência de valorização das suas ações (PINHEIRO; ALVES, 2017).

De acordo com o Estatuto Social da B3, concentra-se, no âmbito dos seus poderes, que são conferidos pela Lei 6.385/1976 (BRASIL, 1976)<sup>9</sup>, a regulamentação da concessão de autorizações de acesso aos distintos sistemas de negociação<sup>10</sup>, o estabelecimento de normas de conduta necessárias ao bom funcionamento e à manutenção de elevados padrões éticos de negociação nos mercados administrados pela Companhia, nos termos da regulamentação aplicável<sup>11</sup>, e a aplicação de penalidades aos infratores das normas legais, regulamentares e operacionais, cujo cumprimento incumbe à Companhia fiscalizar<sup>12</sup>.

Lado outro, pode-se validar que a atividade da B3 consiste em uma forma de regulação, uma vez que há a criação de regras as quais os agentes devem cumprir para então, poder, efetivamente, participar no mercado. Diversos exemplos deste arcabouço regulatório encontram-se dispostos no Regulamento do Novo Mercado<sup>13</sup>, como a previsão do art. 31 e seguintes do documento, que estabelece a necessidade de *disclosure* do código de conduta da Companhia, assim como divulgação de políticas ou “documentos formais equivalentes”.

A partir destas coordenadas, entende-se que, ao impor regramentos em termos de listagem, e, concomitantemente, agir como garantidor de seu cumprimento de maneira coercitiva, ao menos em tese, a B3 acaba por criar um sistema que exige que as sociedades que tenham intenção de comercializar valores no mercado de capitais adotem um programa de integridade de qualidade, o que é um chamariz de segurança para os investidores, que visam à valorização no mercado acionário (PINHEIRO; ALVES, 2017).

Ainda que existam certos problemas práticos na estruturação de programas de integridade, como destaca Ana Frazão (2013), que considera a complexidade e os custos de implementação destes, tanto na seara antitruste como na seara anticorrupção, por se tratarem de mecanismos abrangentes

9 Lei que dispõe sobre o **mercado de valores mobiliários** e a criação da Comissão de Valores Mobiliários (CVM, 1978).

10 Art. 3º, Parágrafo único, “a” (B3, 2021).

11 Art. 3º, Parágrafo único, “b” (B3, 2021).

12 Art. 3º, Parágrafo único, “g” (B3, 2021).

13 **Art. 31.** A companhia deve elaborar e divulgar código de conduta aprovado pelo conselho de administração e aplicável a todos os empregados e administradores que contemple, no mínimo: I – princípios e valores da companhia [...] IV – o canal que possibilite o recebimento de denúncias internas e externas, relativa ao descumprimento do código, de políticas, legislação e regulamentação aplicável à companhia [...] VII – sanções aplicáveis; VIII – previsão de treinamentos periódicos aos empregados sobre a necessidade de cumprimento do disposto no código; e IX – instâncias internas responsáveis pela aplicação do código (B3, 2017).

e, de certa forma, permanentes, a professora enfatiza a importância de se verificar quais os incentivos para a implementação. A listagem do Novo Mercado concentra essa espécie de incentivo, compreendendo que, uma vez que a Companhia adote todos os padrões de governança corporativa exigidos, sendo autorizada sua participação no segmento, cria-se um atrativo instantâneo para investimentos, consolidando assim uma posição privilegiada no mercado de capitais.

Nessa dinâmica, merece atenção novamente a função pública desempenhada pela B3 enquanto agente autorregulador. No Brasil, desde 1978 (CVM, 1978), a regulação de mercado abarca a autorregulação, o que tem por objetivo evitar a centralização de poder e contribuir para a eficiência de fiscalização (DONAGGIO, 2016). A Bolsa de Valores, nesse meio, enquanto entidade autorreguladora, está sujeita à vigilância da Comissão de Valores Mobiliários, a qual dita diretrizes para atuação no mercado de capitais (CVM, 1978, p. 9)<sup>14</sup>.

Com efeito, Calixto Salomão Filho e Fábio Konder Comparato (2008) destacam na Constituição Federal o relevo da função regulatória que os agentes privados desempenham no mercado, sendo que este papel estaria expresso nos Artigos 170<sup>15</sup> e 174<sup>16</sup> da Carta Magna. Segundo as lições dos doutrinadores, a Constituição, orientada pela concepção de “democracia econômica”, estende aos atores privados o protagonismo no que tange à atividade regulatória, contribuindo para o desenvolvimento da ordem econômica e incentivo à probidade nas trocas mercadológicas, favorecendo a internalização das pautas de integridade (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2008).

No que diz respeito à influência da Lei Maior no mercado, retorna-se aos ensinamentos de Ana Frazão, que aponta a essencial aproximação entre Direito da Concorrência e Constituição (FRAZÃO, 2013). Para a autora, tal proximidade é imperativa, uma vez que a repressão ao abuso de poder econômico traduz implicações com o Estado Democrático de Direito, na medida que afeta a salvaguarda das liberdades e da democracia, o que é garantido por meio de uma ordem econômica firmada em princípios constitucionais deontológicos e vinculantes (FRAZÃO, 2013). Nesse patamar, a Constituição direciona os limites da economia, direcionando seus objetivos à realização dos princípios fundamentais.

Logo, na medida em que se interpreta o mercado como construção social, uma soma de interações entre o público e privado, que contém propósitos de difícil e imprecisa identificação, influenciadas por uma série de práticas, instituições e regras sociais e jurídicas, sabe-se que não há possibilidade de consenso sobre o que seria o um patamar ideal de regulação para o pleno funcionamento dos mercados, assim como não há régua modelo para níveis de concorrência (FRAZÃO, 2013).

14 “A. Auto-Regulação. I. Objetivo. A adoção pela CVM no sistema de auto-regulação para determinadas atividades no mercado de valores mobiliários objetiva aumentar a eficiência da atividade regulatória, evitando a centralização excessiva do poder de editar normas e fiscalizar seu cumprimento”.

15 **Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; **IV - livre concorrência**; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País; Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (BRASIL, 1988).

16 **Art. 174.** Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (BRASIL, 1988).



Contudo, é nessa toada que se opera o caminho da prevenção, através do fortalecimento do *compliance* - mecanismo cujo potencial revela possíveis mudanças de paradigma quanto à atuação dos agentes no mercado, corroborando à lógica do valor da ética e da conformidade. Nessa linha, a B3, ao estimular as Companhias a incorporarem os programas de integridade, fornecendo balizas para esta introdução, e, concomitantemente, traçando estratégias de fiscalização (B3, 2017) destas iniciativas, espelha a função pública da Bolsa de Valores, uma vez que se identifica um alinhamento com os ditames constitucionais que permeiam a ordem econômica, com objetivo de preservar os princípios elencados no Art. 170, dentre eles, a livre concorrência.

Assim, é natural que haja uma expectativa em relação ao papel institucional que a B3 exerce sobre o mercado. Não por outra razão, espera-se que sua atuação reverbere diretamente no aprimoramento dos programas de integridade, sobretudo considerando o potencial deste instrumento em matéria de concorrência. Nesse sentido, justifica-se a escolha dos programas de integridade das empresas listadas no Novo Mercado, uma vez que, se essas Companhias pertencem ao seletor rol de sociedades, classificadas pela B3, sendo consideradas como as que possuem os melhores padrões de governança do mercado brasileiro, é natural, ao menos em tese, que o *compliance* por elas instituído reflita essa realidade. No próximo tópico, serão apresentados os resultados obtidos pela análise considerando a verificação dos parâmetros concorrenciais adotados no *compliance* dessas Companhias.

## **5. COMPLIANCE CONCORRENCIAL NOS PROGRAMAS LISTADOS: UMA APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS DO QUESTIONÁRIO, COM BASE NA ANÁLISE DOS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE DAS COMPANHIAS DO NOVO MERCADO<sup>17</sup>**

Conforme brevemente apresentado na Introdução, o presente trabalho é fruto de pesquisa empírica, ou seja, baseiam-se as seguintes conclusões em experimentação, utilizando-se de fatos conhecidos para conhecer fatos que ainda desconhecemos (EPSTEIN; KING, 2013). Segundo Lee Epstein e Gary King (2013), a palavra “empírico” denota evidência sobre o mundo baseada em observação ou experiência, e, essa evidência pode ser numérica (quantitativa) ou não-numérica (qualitativa). Assim, a pesquisa é empírica na medida em que é baseada em observações do mundo – essencialmente, *dados*, o que, de acordo com os autores, é apenas um termo para designar fatos sobre o mundo.

Feito breve intróito acerca das propriedades da pesquisa empírica, ratifica-se que o trabalho se desenvolveu por meio da análise dos programas de integridade *latu sensu* das empresas do Novo Mercado, a partir da submissão, pelo próprio pesquisador, a um questionário estruturado - composto por perguntas cujas respostas foram pré-estabelecidas. Nesse sentido, os tópicos anteriores apresentaram as balizas que orientaram a confecção deste questionário, e, entre o período definido de 15/01/2020 a 15/02/2020, foram submetidos à análise os dados dos programas de integridade de 142 (cento e quarenta e duas) Companhias, à época elencadas na listagem do Novo Mercado.

Entretanto, é importante ressaltar que há limitações próprias ao objeto de pesquisa - o que dificulta aferir um “*compliance* ideal”. Isso se dá uma vez que os documentos analisados são aqueles expostos ao público, encontrados nos sítios eletrônicos das Companhias analisadas. Logicamente,

<sup>17</sup> A pesquisa completa juntamente com os resultados deste artigo será apresentada em obra coletiva (no prelo) organizada pelo Grupo Empresa, Desenvolvimento e Responsabilidade (EDResp) e publicada pela Editora Foco com previsão de publicação para nov-dez 2021.

através destes não se pode avaliar o dia a dia de uma companhia, quanto menos os eventuais planos de adaptação ao próprio programa que podem existir enquanto iniciativas internas. Logo, certifica-se tal limitação, antes de se adentrar no resultado da coleta de dados.

Assim, buscou-se, em linhas gerais, por meio do aparato metodológico ora em exposição, investigar: (I) em panorama **quantitativo**, o número de Companhias, no universo de Empresas listadas no Novo Mercado da B3, que, de fato, seguem o Regulamento disposto pelo segmento, disponibilizando ao público os documentos que guardam matéria de *compliance* e, (II) em cenário **qualitativo**, como as Companhias refletem o compromisso com a questão concorrencial.

Neste processo, a expectativa centrou-se em revelar que as empresas listadas pela B3 no segmento do Novo Mercado não simplesmente contavam com os Programas de Integridade como um mero item de *check list*, mas que esses documentos apresentam escopo autorregulatório sólido, no recorte deste trabalho, em relação à questão concorrencial, em respeito às normas do ordenamento pátrio e às diretrizes do Cade.

## 5.1 Panorama Quantitativo

Para a consecução do objetivo supramencionado, utilizou-se a referida estrutura de questionário. Oportunamente, explica-se, de forma mais detalhada, a construção do mesmo. Após averiguação de dados iniciais do exame, dentre os quais se inserem informações do pesquisador, da data/hora/período da análise e da sociedade empresária em estudo, a primeira pergunta que se apresenta no questionário é: “A sociedade possui um programa de *compliance lato sensu*?”. Tal questionamento pretende averiguar, de plano, quantas empresas do Novo Mercado disponibilizam ao público seus documentos em matéria de integridade.

Utiliza-se a expressão *lato sensu*, nesse sentido, para se referir a todo tipo de documento - anexo ou não - disponível para consulta no(s) sítio(s) eletrônico(s) - comercial, institucional ou publicitário - da sociedade analisada, na data e hora pesquisadas, desde que relacionado com o cumprimento de normas, políticas e legislação vigente, com vistas a mitigar riscos e eventuais responsabilizações.

A título de ilustração, alguns exemplos de documentos enquadrados na definição são: Código ou Manual de Ética e de Conduta; Políticas Anticorrupção, de Controles Internos, Divulgação de Informações Relevantes, Financeira, de Gerenciamento de Riscos, de Indicação e Remuneração, de Relacionamento com o Cliente e Fornecedores, de Remuneração Variável, de Segurança da Informação, de Sustentabilidade, de Transações com Partes Relacionadas; Regimentos Internos; Relatório de Sustentabilidade; Programa de *Compliance* ou Integridade, entre outros. Assim, encontrar somente um destes documentos se fez suficiente para atestar a existência de programa de integridade *lato sensu* - tendo em vista que se objetivou, no primeiro instante, tão somente averiguar a uma presença mínima de conteúdo autorregulatório, sem juízo de valor momentâneo acerca da sua extensão ou qualidade.

Noutro giro, documentos como Estatuto Social e demais espécies de atos constitutivos não foram incluídos como documentos aptos a vincular matéria de *compliance*, tendo em vista que a principal finalidade destes não adentra a esfera de mitigação de riscos e responsabilização de administradores. Do mesmo modo, excluem-se do rol documentos como o Informe Brasileiro de





Governança Corporativa, que consiste em mera divulgação de práticas de governança adotadas pela sociedade, o que não se confunde com o programa de *compliance*.

Para ilustrar a dinâmica, compreendeu-se para a TPI - Triunfo Participações e Investimentos S.A.<sup>18</sup>: Código de Conduta (17 páginas), Política Triunfo Meio Ambiente (2 páginas), Política Anticorrupção (11 páginas), Política Triunfo de Sustentabilidade (3 páginas), Política de Transações com Partes Relacionadas (3 páginas) e Política de Divulgação e Negociação com Valores Mobiliários de Emissão da Companhia (25 páginas). Por outro lado, considerou-se *latu sensu* para a Tupy S.A. o Código de Ética e Conduta (20 páginas)<sup>19</sup> e a Norma de Conflito de Interesses (10 páginas)<sup>20</sup>. Ou seja, independentemente do número de documentos ou extensão dos mesmos, em ambos os casos pode-se constatar a existência de programas de *compliance*, cumprindo assim o requisito de pertencimento do Novo Mercado.

Superada a questão da existência de um ou mais documentos aptos a configurar a noção de programa de integridade, passa-se à segunda questão: “Se a empresa possui um programa de integridade, ele é: Centralizado ou Difuso”. Novamente, aponta-se que este não é um questionamento de caráter essencialmente qualitativo. A partir do mesmo, buscou-se vislumbrar a maior ou menor dificuldade do pesquisador para localizar o programa no sítio eletrônico da Companhia analisada. Nesse sentido, por “Centralizado” entende-se que em somente uma página do site pode-se encontrar todos os documentos de integridade, ou, alternativamente, toda a matéria concentrada em um documento uno. Noutra perspectiva, “Difuso” significa que o programa está diluído em vários documentos, distribuídos em partes diferentes do site, sem documento uno.

Desse modo, ilustra-se a VALE S.A. teve seu programa considerado como “difuso”, vez que no setor “Governança Corporativa”<sup>21</sup> do site há opção de download do Código de Conduta, e, uma outra aba, dedicada às Políticas<sup>22</sup>, e outro setor “Sustentabilidade”, onde encontra-se o Relatório de Sustentabilidade<sup>23</sup>, importante parte do programa de integridade da Companhia. Em contrapartida, encarou-se o programa de integridade da RUMO S.A. como “centralizado”, pois ao navegar a página inicial do site em direção ao setor direcionado à Governança Corporativa, encontra-se a aba “Estatutos, Códigos e Políticas”<sup>24</sup>, local onde encontra-se, separados tão somente por data de divulgação, os documentos em matéria de integridade.

Apesar de não influir na qualidade do programa de integridade, considera-se que o fato de classificá-lo enquanto centralizado ou difuso é importante pois reforça a noção de transparência e a facilidade de acesso às informações de *compliance*. Citou-se a VALE S.A. como exemplo de programa difuso, contudo, o site principal da empresa apresenta caminhos intuitivos para encontrar os documentos. Entretanto, notou-se que muitas empresas listadas no segmento do Novo Mercado não dão ênfase a estes documentos, percebendo-se as dificuldades em localizá-los na página principal do site, direcionada ao público, sendo por vezes necessário buscar uma aba a parte, denominada “Investidores”, que direciona o pesquisador a um outro endereço eletrônico, onde encontra-se

18 <https://www.triunfo.com/governanca-corporativa/estatuto-social-politicas-e-regimentos/>

19 [https://www.canalconfidencial.com.br/eticatupy/files/CodigodeEticaTupy2014\\_portuguesWEB.pdf](https://www.canalconfidencial.com.br/eticatupy/files/CodigodeEticaTupy2014_portuguesWEB.pdf)

20 [https://www.canalconfidencial.com.br/eticatupy/files/Cartilha\\_Norma\\_de\\_Conflito\\_de\\_Interesses\\_com\\_termo\\_PT.pdf](https://www.canalconfidencial.com.br/eticatupy/files/Cartilha_Norma_de_Conflito_de_Interesses_com_termo_PT.pdf)

21 <http://www.vale.com/brasil/PT/investors/corporate-governance/Paginas/default.aspx>

22 <http://www.vale.com/brasil/PT/investors/corporate-governance/policies/Paginas/default.aspx>

23 <http://www.vale.com/brasil/PT/sustainability/relatorio-de-sustentabilidade-2019/Paginas/default.aspx>

24 <http://ri.rumolog.com/governanca-corporativa/estatuto-codigos-e-politicas/>

conteúdo relativo a estas questões, por exemplo, a EDP - Energias do Brasil S.A.<sup>25</sup>.

Em suma, das 142 sociedades empresárias analisadas, 98,6% apresentaram resultado positivo em relação à pergunta “A sociedade possui um programa de integridade *latu sensu*?”. Vislumbra-se, nesse sentido, que quase a totalidade das empresas listadas no Novo Mercado cumprem, de algum modo, com a exigência de disponibilização dos programas de *compliance*. Quanto à segunda questão explanada “Se a empresa possui um programa, ele é: centralizado ou difuso”, 78,6% das Companhias apresentaram programas centralizados, ou seja, apenas uma página do site com todos os documentos ou a disponibilização de um só documento concentrado, enquanto 21,4% contam com um programa difuso, vários documentos distribuídos em partes separadas do site, sem documento uno.

## 5.2 Panorama Qualitativo

Uma vez satisfeita a parte geral do questionário<sup>26</sup>, correspondente à parcela **quantitativa** do estudo, conforme explicado no tópico 5.1., adentra-se, a partir de então, no aspecto **qualitativo**, que corresponde, no presente recorte, à presença do parâmetro concorrencial em programas de integridade.

Conforme detalhado no tópico 3, a parcela do questionário que explora, de fato, a questão concorrencial, foi confeccionada com base nas diretrizes elencadas pelo Guia do Cade, em observância aos dispositivos legais que rezam sobre concorrência e, concomitantemente, programas de *compliance*, conforme já apresentado no tópico supramencionado.

De plano, a pergunta inaugural delimita: “O programa menciona o termo Concorrência?”. Nesse plano, importa frisar, considerou-se menção à concorrência caso fosse encontrada cartilha de concorrência apartada. No geral, constatou-se que a maioria das Companhias incluem o termo – 81,4% dos programas, enquanto 18,6% das empresas analisadas sequer fazem referência à questão concorrencial.

Em seguida, passa-se a empregar, com maior realce, o escopo fornecido pelo Guia do Cade, e a questão em voga destaca um dos aspectos que a Autarquia confere significativo relevo, qual seja: os treinamentos. Não só consoante à concorrência, os treinamentos consistem em método frequentemente indicado pelas autoridades em *compliance*, e, portanto, o parâmetro foi essencial na avaliação das Companhias do Novo Mercado. Assim, quanto à indagação: “O programa faz menção a quaisquer treinamentos direcionados aos funcionários, no sentido de prepará-los para enfrentar questões concorrencialmente sensíveis?” – de forma surpreendente, 76,4% das Companhias apresentaram resultado negativo, enquanto somente 23,6% indicavam expressamente a previsão de treinamentos. Entretanto, entende-se que a ausência de *disclosure* desta informação não é, necessariamente, um indicativo de que a empresa não possua treinamentos, apesar de essa ser uma pauta expressa nas recomendações do Cade.

Ato contínuo, questionou-se: “O programa aponta métodos de documentação das iniciativas voltadas ao *Compliance* Concorrencial?”. Novamente, como vislumbrado no tópico 3, o Cade considera

25 <https://edp.infoinvest.com.br>

26 Composta, respectivamente, das informações acerca do pesquisador, do período e da hora de análise, das informações gerais do programa de integridade em análise (qual a companhia, área de atuação – de acordo com a classificação fornecida pela B3 e se essa é ou não estatal) e das questões sobre programa *latu sensu*, centralizado ou difuso, explanadas no tópico 5.1.



a documentação uma estratégia eficiente na estruturação de programas robustos, na medida que permite à companhia visualizar os esforços empreendidos nesta seara, proporcionando gradativa evolução dos *features* do programa. Todavia, quanto aos resultados, somente 5% das Companhias analisadas apresentaram em seus programas esta previsão, enquanto em 95% não se encontra qualquer referência a esforços de documentação das iniciativas do *compliance*.

Ainda, um ponto sublinhado pelo Cade é a necessidade de prever a revisão e adaptação periódica do programa, considerando que as condições de mercado, e, portanto, o cenário concorrencial, é volátil, e, nesse sentido, o programa deve estar preparado para adaptar-se a tais mudanças, cumprindo o propósito de prevenção às violações concorrenciais. Nesse ponto, busca-se responder: “Há previsão de revisão e adaptação do programa, a ser realizado de forma periódica?”. Apenas 6,5% das Companhias analisadas contam com esta diligência expressa nos seus programas, enquanto 93,5% não apontam se há ou não esta cautela.

Destaca-se, ainda, que a professora Ana Frazão aponta que é essencial que um programa de *compliance* na seara antitruste seja constantemente supervisionado e atualizado, o que, sem dúvidas, consiste em algo custoso, e que, por esse motivo, os incentivos para sua implementação devida devem ser avaliados com prudência (FRAZÃO, 2013).

Não obstante, a pergunta: “O programa aponta medidas a serem adotadas considerando os riscos de mercado inerentes às particularidades da atividade?” - que encerra o questionário, é fruto da premissa de que um programa de integridade robusto deve refletir, propriamente, a empresa e o contexto de mercado em que ela se insere, sendo cuidadosamente modelado vez consideradas as peculiaridades da Companhia, o grau de exposição com parceiros, fornecedores e concorrentes.

Desse modo, o programa que vela sobre a concorrência deve estabelecer mecanismos que observam estas particularidades, evitando cláusulas genéricas<sup>27</sup>. Nesse aspecto, Guilherme Favaro Corvo Ribas (2008, p. 331), seguindo o que é enfatizado pelo Cade e por toda literatura do Direito Antitruste, ressalta que o “modelo do tamanho único” (*one size does not fit it all*) não é condizente para estruturar um programa de *compliance* concorrencial, uma vez que o foco do programa pode mudar, seja de acordo com os mercados e territórios de atuação da empresa, seja com o conhecimento do nível de exposição a riscos.

Assim, quanto ao preenchimento das respostas da pergunta posta em questionário, em relação à preocupação em indicar medidas específicas, considerando o contexto em que a Companhia está inserida, 92,9% das empresas indicaram resultados entre “Péssimo” (o programa não menciona qualquer medida), “Ruim” (o programa indica apenas uma medida) e “Regular” (o programa indica até duas medidas) – 27,9%; 35%; 30%, respectivamente. Lado outro, somente 7,1% das Companhias demonstraram resultados entre “Bom” (o programa indica até três medidas) e “Excelente” (o programa indica mais de quatro medidas).

Por fim, questionou-se: “O programa faz menção a possíveis sanções voltadas especificamente para danos concorrenciais?”. A pergunta considera o *compliance* como um processo de privatização da prevenção do delito através de “sistemas autorreferenciais de autorregulação regulada” (SIEBER, 2013), e faz jus à importância de se internalizar as disposições do *compliance*, buscando fomentar o

<sup>27</sup> Por exemplo, o extrato do Código de Ética da Vulcabras Azaleia: “O relacionamento com concorrentes da Vulcabras deve ser pautado por respeito e em observância aos valores éticos constantes neste Código, devendo ser evitadas quaisquer ações e/ou práticas que possam caracterizar concorrência desleal ou práticas que possam afetar a livre concorrência entre outros”.

*enforcement* entre os próprios colaboradores da empresa, uma vez que os programas de integridade pretendem concretizar a moralidade do comportamento que está sendo regulado, colocando um preço no descumprimento das normas (RILEY; SOKOL, 2015). Quanto às empresas do Novo Mercado, 85,7% não mencionam possíveis sanções voltadas aos danos concorrenciais – logo, somente 14,3% contam com previsões explícitas neste aspecto.

## 6. CONCLUSÃO

Em conclusão, a presente pesquisa, apoiada em estudos doutrinários acerca do *compliance* e do Direito da Concorrência, buscou ressaltar a importância deste elemento à ordem econômica, e, conseqüentemente, a necessidade de observância das normas concorrenciais por parte das Companhias privadas, especialmente, no Brasil, aquelas listadas no Novo Mercado da B3 - devido ao elevado padrão de governança corporativa que é atribuído especialmente a essas.

Nessa toada, contemplando o *compliance* como requisito fundamental à rotulação conferida pelo Novo Mercado, e, considerando esta ferramenta como objeto de grande valor no desenvolvimento da autorregulação, observou-se o papel do Cade no tocante ao fomento do *compliance* como aparato frente aos desafios particulares do combate às práticas anticoncorrenciais. Assim, através do estudo do Guia fornecido pela Autarquia, foram extraídos parâmetros para avaliar o compromisso concorrencial nos programas de integridade do Novo Mercado, sendo estes transformados em questionário para estimar, em números, a presença destes indicadores nos programas de integridade.

Os resultados da análise de dados, resguardadas as limitações próprias à natureza desta pesquisa, a saber, o acesso integral aos dados das Companhias e às ações internas eventualmente empreendidas e não divulgadas por estas, demonstraram que, apesar da expectativa de que todas as empresas listadas no segmento do Novo Mercado contenham programas de *compliance* satisfatoriamente estruturados, os quais podem auxiliar na tutela da concorrência, os programas, aparentemente, falham ou em divulgar as políticas de forma completa ou em preencher todos os requisitos elencados e recomendados pelo Cade.

Em suma, pode-se aferir que esses, da forma como ora se apresentam ao público a partir dos sítios eletrônicos das Companhias, apresentam conteúdo supostamente declaratório, que, a princípio, considerando a interpretação dos parâmetros de efetividade considerados, não vinculam os compromissos sustentados no programa de *compliance*.

## REFERÊNCIAS

B3. **Estatuto Social da B3**: Brasil, Bolsa, Balcão. São Paulo: B3, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3vg3brW>. Acesso em: 22 nov. 2021.

B3. **Regulamento do Novo Mercado**. São Paulo: Brasil, Bolsa, Balcão, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3OhKIEn>. Acesso em: 7 jan. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://bit.ly/2JEWHiA>. Acesso em: 7 jan. 2021.



BRASIL. Conselho Administrativo De Defesa Econômica. **Programas de Compliance:** Orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016.

BRASIL. **Decreto Regulamentador nº 8.420, de 18 de março de 2015.** Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/2XQsHVb>. Acesso em: 7 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Brasília: Presidência da República, 1976. Disponível em: <https://bit.ly/3O5Whht>. Acesso em: 19 fev. 2021.

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. Brasília: Presidência da República, 1994. Disponível em: <https://bit.ly/2Ms7GK0>. Acesso em: 18 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 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. Brasília: Presidência da República, 2000. Disponível em: <https://bit.ly/3uAMNDa>. Acesso em: 23 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** 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. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/30m27Fi>. Acesso em: 12 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3jt55Qr>. Acesso em: 7 jan. 2021.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). **Regulação do mercado de valores mobiliários:** fundamentos e princípios. Rio de Janeiro: CVM, 1978. Disponível em: <https://bit.ly/3E4lc0w>. Acesso em: 7 jan. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle nas sociedades anônimas.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Funções e Finalidades dos Programas de Compliance. In: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Compliance:** perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Compliance:** perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

DONAGGIO, Ângela Rita Franco. **Regulação e Autorregulação no Mercado de Valores Mobiliários:** o

caso dos segmentos especiais de listagem da BM&FBovespa. 2016. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3JASyEv>. Acesso em: 13 mar. 2021.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. **Pesquisa Empírica em Direito: As Regras de Inferência**. São Paulo: Direito GV, 2013. (Coleção Acadêmica Livre).

FORGIONI, Paula Andrea. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed.rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. Ordem Econômica e Dumping Social: Possibilidade de Análise pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. In: LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **A Função Concorrencial do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.

MISSALI, Guilherme Teno Castilho. Programa de Compliance Antitruste: a hora e a vez de repensá-lo no ordenamento concorrencial brasileiro. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 3, n. 1, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3juXNvH>. Acesso em: 11 jan. 2021.

PINHEIRO, Caroline da Rosa; ALVES, Alexandre F. de Assunção. O Papel da CVM e da B3 na Implementação e Delimitação do Programa de Integridade (Compliance) No Brasil. **Revista Brasileira de Direito Empresarial**, Florianópolis, v. 3, n. 1, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0235/2017.v3i1.1928>. Acesso em: 12 fev. 2021.

RIBAS, Guilherme Favaro Corvo. Programas de Compliance Antitruste. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (org.). **Desafios Atuais do Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2008.

RILEY, Anne; SOKOL, D. Daniel. Rethinking Compliance. **Journal of Antitrust Enforcement**, [S. l.], v. 3, n. 1, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnu011>. Acesso em: 23 mar. 2021.

SIEBER, Ulrich. Programas de “compliance” en el derecho penal de la empresa: Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. In: ZAPATERO; Luis Arroyo; MARTÍN NIETO, Adán (dir.). **El Derecho Penal en la Era Compliance**. Valencia: Tirant lo branch, 2013. p. 63-71.

SNYDER, Brent. **Compliance is a culture, not just a policy**. Nova Iorque: Department Of Justice, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3E6YR2h>. Acesso em: 23 fev. 2021.

TEUBNER, Gunther. Politics, Governance, and the Law Transnational Economic Constitutionalism in the Varieties of Capitalism. **Global Perspectives**. University of California Press, 2019.

WALD, Arnaldo. O governo das empresas. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, v. 5, n.15, 2002.

### CAROLINE VICTOR SOEIRO CABRAL

A autora foi responsável pelo projeto e esboço inicial (conceptualization), desenvolvimento da metodologia (methodology), levantamento bibliográfico (investigation), revisão bibliográfica (investigation), redação (writing-original draft) e participação ativa nas discussões dos resultados (validation).





### **CAROLINE DA ROSA PINHEIRO**

A autora foi responsável pelo desenvolvimento da metodologia (methodology), participação ativa nas discussões dos resultados (validation), revisão crítica com contribuições substanciais (writing-review and editing) e aprovação da versão final (final version approval).

### **COMO CITAR ESTE ARTIGO:**

CABRAL, Caroline Victor Soeiro; PINHEIRO, Caroline da Rosa. O Compromisso Concorrencial nos Programas de Integridade das Companhias do Novo Mercado. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 159-177, 2022. **DOI:** <https://doi.org/10.52896/rdc.v10i1.950>. Disponível em: Acesso em: dia mês. ano