

Bruna Braghetto: Sobre condutas anticoncorrenciais

A Constituição Federal resguarda a livre concorrência, que é, primeiramente, um preceito, um fundamento do liberalismo em face da liberdade do próprio mercado, que pode, em tese, concorrer livremente, utilizando-se de recursos para a obtenção de maiores resultados econômicos. É claro que a



Segundo Rudolph Von Jhering, "a concorrência é o

regulador espontâneo do egoísmo. O egoísmo do vendedor que exagera o seu preço e é contido pelo de outro, que vende a um preço menor, assim como o egoísmo do comprador que quer pagar muito pouco e é refreado pelo de outro que oferece mais".

A livre concorrência se insere como princípio da ordem econômica (artigo 170, IV CF), seara do Direito Econômico, o qual ampara os mecanismos de intervenção do Estado na economia.

Outro consectário da liberdade econômica é a livre iniciativa, princípio que estabelece a possibilidade de um cidadão comum participar do mercado sem a necessidade de autorização ou aprovação do Estado.

Correlacionando os dois termos, enquanto a "livre iniciativa" conceitua-se na liberdade de constituir seu próprio negócio, a "livre concorrência" estende-se na liberdade de competição entre essas empresas.

A Constituição Federal, em seu artigo 170, §4º, traz o fundamento constitucional para a repressão de condutas anticompetitivas ao estabelecer que "a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros". Ainda, o artigo 174 determina que "o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento".

Nesse contexto surge a Lei 8884/94, que, ao transformar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em autarquia, torna-se um forte instrumento de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, principalmente em razão do poder de polícia conferido ao órgão.

Podemos citar que o surgimento dessa lei trouxe os seguintes ganhos: consolidação do controle de concentrações (quando duas ou mais empresas se unem com o objetivo de expandir sua capacidade e poder de mercado), consolidação do combate a cartéis, respeitabilidade institucional do Cade, aumento da atuação do Ministério Público na área antitruste e técnicas mais eficientes de investigação (busca e apreensão, interceptação telefônica e acordos de leniência).

Numa linha de evolução da prevenção e repressão dos crimes contra a ordem econômica surge a Lei 12529/11 (Lei de Defesa da Concorrência), através da qual foi criada a estrutura jurídica do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Ela define quais são as condutas que se configuram como infrações à ordem econômica. Por natural, são previstas também as respectivas penas e os instrumentos de persecução administrativa dos infratores

Uma das principais alterações dessa lei é a imposição da análise prévia de atos de concentração. De acordo com essa lei, a consumação de atos de concentração econômica antes da decisão final da autoridade antitruste (prática também conhecida como *gun jumping* [1] pela literatura e jurisprudência estrangeiras) é vedada pelo artigo 88, §3º. Esse dispositivo obriga as partes a absterem-se de concluir o ato de concentração antes de finalizada a análise prévia do Cade, sob pena de possível declaração de nulidade da operação, imposição de multa pecuniária em valores que variam entre R\$ 60 mil e R\$ 60 milhões — a depender da condição econômica dos envolvidos, dolo, má-fé e do potencial anticompetitivo da operação, entre outros — e a possibilidade de abertura de processo administrativo contra as partes envolvidas. Assim, devem ser preservadas até a decisão final da operação as condições de concorrência entre as empresas envolvidas (artigo 88, §4º da LDC).

Citando um exemplo prático, em 2019 houve a compra da Fox pela Disney [2], contudo, o Cade condicionou o aval à venda da Fox Sports pelo grupo. Em acordo firmado com o Cade, a Disney se comprometeu a se desfazer dos ativos em regime de "porteira fechada" a um mesmo comprador, ou seja, em um pacote que inclui desde imóveis e equipamentos a contratos com ligas esportivas, como Libertadores da América e Copa Sul-Americana. A empresa terá de repassar ainda direitos esportivos, contratos com operadoras e funcionários e licenciar, gratuitamente, a marca Fox.

O entendimento do Cade é que a compra da Fox pela Disney representaria um risco para a concorrência no mercado de canais esportivos. A empresa ficaria com dois dos três principais canais — ESPN, da Disney, e Fox Sports, da Fox —, concorrendo apenas com a SporTV, da Globosat.

O Cade não fiscaliza apenas grandes concentrações, mas também arranjos societários. Recentemente, Facebook e Cielo criaram um sistema de pagamentos via WhatsApp [3], posteriormente bloqueado pelo Banco Central por não ter sido submetido previamente ao Cade.

Atualmente, o Cade fiscaliza em que termos se deu este arranjo e questiona razões que *"fundamentem que a forma de remuneração e a estrutura operacional a ser implementada pela parceria não podem inviabilizar ou desincentivar o fornecimento de serviços de credenciamento e captura de transações por credenciadoras concorrentes da Cielo ao Facebook (WhatsApp)"*.

Outro exemplo de conduta anticompetitiva condenada pelo Cade é o cartel, um acordo de cooperação entre empresas que buscam controlar um mercado, determinando os preços e limitando a concorrência. Os cartéis prejudicam os consumidores, pois aumentam os preços e restringem a oferta de produtos ou serviços, ou inviabiliza a aquisição deles.

A Lei 12529/11 caracteriza quais as condutas anticompetitivas, o que depende do impacto causado pela conduta da empresa no mercado. O tamanho da empresa é relevante, pois se pequena, os reflexos não vão gerar consequência para o mercado e não haverá penalização, o que já não ocorre com o cartel, pois enquanto crime, a tentativa já é punida.

Outra alteração trazida pela Lei 12529/11 foi ao tratar das sanções do administrador, em seu artigo 37, III, pois é exigido o requisito de demonstração da culpabilidade (responsabilidade subjetiva) estendida também às pessoas físicas não detentoras de cargos de gestão. Assim, o regime de responsabilidade objetiva não se aplica às pessoas físicas, ao contrário do que ocorria antes do advento da lei supra.

Todavia, o valor das multas para pessoa física responsabilizada é vultoso, da ordem de R\$ 50 mil até R\$ 2 bilhões, lembrando que muitas vezes a empresa objeto de investigação não se responsabiliza pela defesa do funcionário envolvido, daí a importância da consciência individual

Há, inclusive, a título de penalidade para a empresa infratora a previsão de transferência de controle societário, o que significa colocar a empresa à venda compulsoriamente. Busca-se a preservação da empresa e funcionários e punição dos administradores que se envolveram naquela infração à ordem econômica.

Outra conduta que a Lei de Defesa da Concorrência visa a coibir são as restrições verticais provocadas pelas empresas detentoras de poder de mercado. Ao contrário do cartel, em que são realizados acordos horizontais, as restrições verticais envolvem empresas que atuam em diversos elos da cadeia produtiva.

As empresas buscam se integrar verticalmente para diminuir custos de transação e produzir ganhos de eficiência. A penalização irá depender da ocorrência de efeitos líquidos negativos, sendo insuficiente analisar apenas o objeto da conduta. A preocupação é o fechamento de acesso a insumo relevante para produção e/ou limitação ao escoamento de produtos para etapas seguintes da cadeia produtiva.

Exemplos clássicos de condutas verticais são exclusividade, venda casada e fixação de preço de revenda.

Retomando a mais importante infração anticompetitiva entre todas e na maioria das jurisdições, temos os cartéis.

A Lei 12529/11 fala de acordo entre concorrentes, mas podemos assim sumarizar as características de um cartel clássico:

- 1) Fixação de preços;
- 2) Fixação de ofertas, bens ou serviços;

- 3) Divisão de mercados em termos de clientes, consumidores, territórios, segmentos ou período;
- 4) Conluio em licitações.

A comprovação da existência do acordo não se limita à prova do acordo, é também necessário provar que tal acordo possui um grau razoável de institucionalização por meio do caráter perene da conduta, mecanismos de monitoramento e coação com penalidades para o descumprimento.

Outro exemplo de conduta comercial concertada são aquelas que não envolvem acordo direto entre os concorrentes, mas podem ter efeitos restritivos sobre a concorrência. Exemplo: troca de informações sensíveis, que pode causar um arrefecimento da competição por meio da uniformização de condições comerciais. Exemplo: sugestão de tabela de preços.

Já na seara dos mecanismos consensuais de resolução de controvérsias, há o acordo de leniência antitruste, introduzido pela Lei 10149/00.

Cabe ao setor de *compliance* da empresa a identificação das condutas anticompetitivas e, identificadas, aplicar o acordo de leniência antitruste.

Esse acordo só poderá ser celebrado pela primeira pessoa a denunciar o crime, por isso importante identificar o *timing* para isso. O denunciante deve se comprometer a cessar a prática e será imunizado na esfera penal. Além disso, é pressuposto que o Cade não tenha provas suficientes para denunciar o proponente.

As informações fornecidas ao Cade não podem ser divulgadas, o caráter de confidencialidade é pressuposto do acordo de leniência.

Após a assinatura do acordo de leniência, o Cade poderá instaurar inquérito ou procedimento administrativo para apurar a infração noticiada no pacto, bem como realizar outras medidas de investigação do caso, como por exemplo a realização de busca e apreensão e/ou inspeção, requisição de informações e procedimentos de inteligência para detectar carteis em licitação.

Entre os benefícios da leniência antitruste estão:

- 1) Suspensão do curso do prazo prescricional e oferecimento de denúncia;
- 2) Imunidade total contra penalidades administrativas (multas) para o proponente e para quem estiver debaixo do "guarda-chuva" dele;
- 3) Imunidade total em relação a sanções criminais e lei de licitações;
- 4) Redução de um a dois terços das penalidades administrativas aplicáveis pelo Cade, caso tenha havido conhecimento prévio da prática denunciada.

Como dito, o programa de leniência é acessível apenas ao primeiro agente infrator a reportar a conduta anticoncorrencial entre concorrentes ao Cade. O termo de compromisso por cessação, por sua vez, é acessível a todos os demais investigados na conduta anticompetitiva, gerando benefícios na seara administrativa, mas sem previsão de benefícios automáticos na seara criminal.

Depois de verificado todo o amplo espectro de condutas anticompetitivas, é possível afirmar que tudo isso pode ser evitado com o *compliance* concorrencial. Inclusive, o Cade emitiu um guia sobre o tema em 2016, orientando sobre como realizar o programa na área.

O programa de *compliance* concorrencial busca, em primeiro lugar, prevenir e reduzir o risco de ocorrência de violações específicas à LDC e, em segundo, lugar, oferecer mecanismos para que a organização possa rapidamente detectar e lidar com eventuais práticas anticoncorrenciais que não tenham sido evitadas num primeiro momento.

Por fim, a chave para um programa de *compliance* concorrencial de sucesso é o envolvimento da alta direção. O comprometimento do alto escalão pode ser conquistado com o impacto do programa na remuneração dos funcionários da empresa, inclusive diretores. Essa alternativa pode se mostrar viável especialmente nos casos de alta descentralização e dificuldade de controle unificado de toda a estrutura comercial. Outro incentivo bastante forte costuma ser a mídia. Ressaltar casos de danos à reputação da diretoria no caso de penalizações implica em maior engajamento.

[1] Considera-se *gun jumping* a "queima de largada", ou seja, a realização prematura de uma operação entre as partes, situação que pode ir de encontro às normas antitruste, e afetar a competitividade do mercado. Trata-se da prática de atos indevidos pelas empresas em processo de concentração econômica.

[2] Cade aprova compra da Fox pela Disney, condicionada à venda da Fox Sports. Exame, 2019. Disponível em: < <https://exame.com/negocios/Cade-aprova-compra-da-fox-pela-disney-condicionada-a-venda-da-fox-sports/>>. Acesso em 27/07/2021.

[3] Cade manda Cielo e Facebook detalharem estrutura de remuneração de pagamentos por Whatsapp.G1, 2020. Disponível em < <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/07/27/Cade-manda-cielo-e-facebook-detalharem-estrutura-de-remuneracao-de-pagamentos-por-whatsapp.ghtml>>. Acesso em 27/07/2021.

Date Created

31/07/2021