

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

REVISTA DO IBRAC

São Paulo

Número 1 - 2021

ISSN 1517-1957

UMA ANÁLISE DAS RECOMENDAÇÕES DO *PEER REVIEW* SOBRE A POLÍTICA DE ACORDOS EM CONDUTAS UNILATERAIS DO CADE

Kenys Menezes Machado

Resumo: O CADE foi submetido ao *Peer Review* da OCDE em 2018, concluindo que a autarquia, a partir da Lei 12.529/11, passou a adotar, em linhas gerais, as melhores práticas internacionais em defesa da concorrência. Entretanto, o documento também concluiu que existem desafios a serem superados e recomendou algumas mudanças. O objetivo do artigo é analisar se as recomendações apresentadas no *Peer Review* direcionadas à política de acordos do CADE em condutas unilaterais são pertinentes e aderentes à prática do órgão. As sugestões são relevantes, mas elas devem ser sopesadas com o contexto institucional no qual o CADE está inserido.

Palavras-chave: Peer Review. Condutas unilaterais. Acordos. CADE. OCDE.

Key words: Peer Review. Unilateral Conducts. Agreements. CADE. OECD.

1. Introdução

No início de 2019, o Brasil foi aceito como membro permanente do Comitê de Concorrência da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Tal fato foi comemorado por membros do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autoridades do governo e do setor privado como resultado bem sucedido de um longo processo de amadurecimento institucional do órgão¹, já que o CADE é a

¹ “A aprovação é motivo de grande orgulho para o Cade, uma vez que consolida mais de vinte anos de estreita colaboração com a OCDE em matéria concorrencial, alinhamento com as melhores práticas internacionais e o comprometimento da autarquia com a defesa da concorrência no Brasil”, disse Alexandre Barreto, presidente do Cade (CADE, 2019).

principal² entidade do governo responsável pela livre concorrência no Brasil.

Houve um longo processo para ser aceito na OCDE, que incluiu um *Peer Review* que avaliou a estrutura, atuação e resultados do CADE no seu papel na defesa da concorrência. A avaliação ocorreu em 2018 e teve seu resultado divulgado ao público em 2019, por meio do documento “Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política da Concorrência: Brasil (*“Peer Review”*, como ficou mais conhecido). Segundo o documento, a Lei 12.529/11 permitiu que o CADE modernizasse sua atuação, implementando de forma bem sucedida mudanças organizacionais que deram efetividade à Lei e passasse a atuar em linha com as melhores práticas internacionais. Contudo, o documento também destaca que vários desafios ainda precisam ser enfrentados (OCDE, 2019).

Entre os desafios, está o aprimoramento da atuação do CADE no combate às condutas unilaterais³. Logo no prefácio, essa questão é destacada: dos 4 grupos de recomendação do documento, 2 se referem à atuação do órgão em relação àquele tema. A primeira das duas recomendações sugere ao CADE dar mais prioridade ao combate às condutas unilaterais e confiar menos nos acordos como forma de encerrar os casos, gerando mais jurisprudência pela autoridade. De acordo com a segunda recomendação, o CADE deveria rever sua política de acordos, tanto em cartéis como em condutas unilaterais, havendo pontos em comum e outros específicos para cada uma dessas duas tipificações.

A necessidade de aprimorar a política do CADE na sua vertente de combate às condutas unilaterais não é nova. É visível o foco do órgão em atos de concentração e combate a cartéis, cujo resultado tem sido o questionamento da efetividade do CADE no combate às condutas unilaterais. O *Peer Review* também critica essa efetividade e vai mais além,

² O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) também é formado pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Economia.

³ O *Peer Review* emprega, em determinadas passagens, os termos abuso de posição dominante e conduta unilateral ora como distintos, ora como sinônimos. Utilizarei como sinônimo para evitar discussões terminológicas, o que é suficiente para o objetivo deste artigo, como será apresentado mais adiante.

questionando, de forma mais específica, a própria política de acordos em condutas unilaterais como instrumento de resolução de casos. Tendo em vista a importância dessa política para o órgão, tal questionamento merece ser melhor analisado.

Nesse contexto, o objetivo do presente artigo é analisar se as críticas e recomendações da OCDE, apresentadas no *Peer Review*, direcionadas à política de acordos do CADE em relação às condutas unilaterais, são pertinentes e aderentes à prática do órgão. Para o alcance desse objetivo, o artigo é dividido em uma primeira parte mais teórica e voltada para a experiência internacional e, em seguida, detalha os comentários da OCDE e a prática do CADE, fazendo um recorte dos últimos 5 anos (2015 a 2019).

2. Acordos em condutas unilaterais

2.1 Benefícios e riscos

A realização de acordos em condutas anticompetitivas é uma prática realizada pela grande maioria das autoridades e tem como objetivo encerrar uma investigação em andamento por meio da celebração de um acordo entre a autoridade e o agente que está sendo investigado. Há praticamente consenso em relação à existência de diversos benefícios decorrentes da celebração de acordos em condutas anticompetitivas, mesmo se tratando de condutas unilaterais. Contudo, também há algumas desvantagens que devem ser sopesadas pela autoridade na formulação da sua política em relação àquele tipo de conduta (OCDE, 2006; GINSBURG, WRIGHT; 2013; BELLIS, 2016; OCDE, 2016; WRIGHT, GINSBURG, 2016).

Podem-se destacar três principais vantagens atribuídas a celebração de acordos. A primeira é a possibilidade de decisões mais rápidas e com menos gastos de recursos. Esse benefício é maior quanto mais cedo o acordo for celebrado no curso da investigação. Assim, a conduta é cessada mais rapidamente, restabelecendo a concorrência. A autoridade não precisa gastar mais recursos e tempo no aprofundamento da investigação

e a empresa investigada pode alocar melhor seus recursos na sua atividade produtiva, ao invés de uma disputa que pode demorar anos com a autoridade, além do próprio risco reputacional.

A segunda vantagem está na redução da probabilidade de questionamentos judiciais. Como o acordo é realizado com a concordância expressa da parte investigada em relação aos termos, é improvável que ela leve a decisão à justiça. Assim, aumentam as chances de efetividade da decisão, que pode ser implementada com menor risco de suspensão por prazo indeterminado.

A terceira vantagem está na maior possibilidade dos remédios serem efetivos, pois podem ser construídos em conjunto com as partes envolvidas, permitindo que a autoridade tenha mais informações sobre a viabilidade técnica do remédio. Além disso, é possível que certas soluções comportamentais ou estruturais que dificilmente seriam obtidas por meio de uma decisão unilateral sejam, de fato, implementadas.

Apesar desses benefícios, a celebração de acordos em condutas unilaterais possui riscos que não podem ser desprezados. Os principais riscos estão relacionados (i) à redução do *deterrence* com o uso excessivo de acordos, principalmente se não exigirem o pagamento de qualquer valor monetário; (ii) o excesso de regulação da autoridade concorrencial, que pode passar a atuar como regulador de práticas de mercado no lugar de atuar apenas de forma pontual e quando há claros riscos à concorrência derivadas de condutas anticompetitivas; (iii) a fragilidade ou ausência na geração de precedentes criados com as investigações, pois os acordos (usualmente) não são fruto de uma análise econômica e jurídica aprofundada em relação à conduta investigada, nem passam por uma revisão judicial e (iv) podem dificultar ações privadas de ressarcimento, caso não prevejam a assunção de culpa da empresa.

Esses riscos, assim como os benefícios, devem ser ponderados com algumas questões. O primeiro é a distinção entre sanção e remédio. Sanção se refere à adoção de medidas com o objetivo de que o agente causador da conduta seja, de fato, punido, seja com o pagamento de um valor monetário, seja com outras medidas de cunho não monetário, como a impossibilidade de participação de licitações, por exemplo. Já o remédio

se refere às medidas a serem tomadas para que a conduta seja encerrada de forma efetiva e que seu custo para o mercado não seja maior que a própria conduta. Ao contrário de cartel, a exigência de encerramento da conduta, muitas vezes, não resolve o problema investigado. Por exemplo, uma conduta considerada ilícita de recusa de contratar, normalmente, não se resolve apenas com a obrigação de contratar; é necessário se definir em que condições (preço, quantidade, condições de pagamento, etc.) essa contratação ocorrerá, de forma a não haver abuso ou omissão de ambas as partes (denunciado e denunciante).

Algumas autoridades preferem a adoção de sanções, mesmo em casos de acordo, para que não haja prejuízos em relação ao *deterrence*; para outras, é suficiente a adoção de remédios, somente havendo necessidade de sanções para casos de condenação. A solução intermediária seria a adoção de sanções em situações específicas, permitindo, dessa forma, que determinados acordos sejam realizados apenas com remédios.

A adoção de sanções em acordos, ou uma abordagem intermediária, minimizaria a primeira preocupação levantada mais acima, qual seja, de que a ausência do pagamento de um valor monetário possa reduzir o *deterrence* na aplicação da lei. Existem outras maneiras de minimizar as demais preocupações: (i) a celebração de acordos apenas quando a autoridade tenha entendimento razoável das questões levantadas e quando estas podem, mesmo que potencialmente, resultarem em problemas anticompetitivos, sendo, portanto, benéfica uma atuação da autoridade; (ii) a exposição, mesmo em um acordo, da conduta objeto de análise, da teoria do dano investigada e dos resultados previstos que motivaram os termos do acordo; (iii) a realização de uma avaliação de custo-benefício entre a celebração do acordo, no momento processual em que se encontra a investigação, e as preocupações elencadas mais acima, pois algumas podem ser minimizadas, mas outras, não.

A Comissão Europeia (CE) destaca as situações nas quais a condenação é desejável em detrimento à celebração de acordos: (i) casos nos quais o único remédio é a cessação da conduta, ou seja, o cumprimento da lei, sendo melhor a condenação pela conduta cometida; (ii) também não seria recomendável fazer um acordo quando este é muito complexo,

fazendo da autoridade quase um regulador; (iii) se a conduta for muito grave, a multa torna-se necessária como elemento de punição, o que pode não ocorrer em um acordo; (iv) se a conduta ocorrer há muito tempo; (v) se a investigação estiver em estado muito avançado, não havendo ganhos de eficiência em termos de procedimentos; (vi) por fim, o número de partes e a sua disposição em fazer um acordo deve ser levado em consideração, pois fazer acordos apenas com algumas delas pode desequilibrar o mercado ou não ter o efeito de encurtar a investigação (OCDE, 2016).

Por fim, cabe ressaltar que algumas preocupações ocorrem independentemente da investigação ser concluída com acordo ou com uma decisão unilateral da autoridade. A decisão pode não ser efetiva por diversos motivos: complexidade das questões analisadas, falta de transparência da autoridade, sanções (acordadas ou impostas) que não inibem a reincidência da conduta, decisões ou acordos contraditórios, etc. Assim, a realização de testes de mercado, a transparência na condução da investigação e dos problemas levantados, assim como dos procedimentos para a celebração de acordos, além da avaliação da geração de riscos de *overenforcement* ou *underenforcement* devem ser sopesadas pela autoridade no caso concreto e em toda a sua política em relação às condutas unilaterais.

2.2 *Experiência internacional*

Alguns autores têm levantado críticas ao uso corrente de acordos por diversas autoridades ao redor do mundo. GINSBURG e WRIGHT (2013 e 2016) se alinham nessas críticas, enfatizando principalmente a postura das autoridades antitruste norte-americanas, cuja política de acordos estaria servindo de (mal) exemplo para outras autoridades. Segundo esses autores, as agências estariam assumindo uma postura mais de regulador na elaboração dos remédios e dificultando a evolução do antitruste ao se aprofundar cada vez menos nos casos, já que o acordo dispensaria tal aprofundamento.

Críticas também têm sido levantadas contra a Comissão Europeia (BELLIS, 2016), cujo excessivo rigor na aplicação de sanções em casos de condenação, que nos últimos anos passou das centenas de milhões de euros para o patamar dos bilhões, acaba forçando as empresas para um caminho de negociação e aceitação de termos pouco ortodoxos em matéria concorrencial.

De fato, os dados revelam que cada vez mais as autoridades têm utilizado os acordos como instrumento para a resolução de investigações em condutas unilaterais. Nos EUA, cerca de 90% dos casos do Departamento of Justice (DOJ) e do Federal Trade Commission (FTC) são resolvidos por meio de acordos. A CE conclui aproximadamente 60% das investigações com acordos, não havendo qualquer restrição em termos de mercados envolvidos para que uma negociação possa ser efetivada. Os números variam nos demais países, mas a tendência observada é de uma maior aceitação à realização de acordos (OCDE, 2016).

Cabe destacar que as críticas não se referem à política de acordos em si, mas em seu abuso⁴; já as defesas normalmente ressaltam a dificuldade de se conseguir solucionar casos de conduta unilateral sem desincentivar a atuação dos agentes no mercado e a necessidade de equilíbrio na escolha dos casos elegíveis para a solução negociada. Além disso, o aumento dos casos resolvidos com acordos não significa uma padronização de procedimentos, mas uma tentativa de, por meio de soluções conjuntas, concluir os casos de forma mais célere e efetiva.

De acordo com o DOJ e o FTC, os acordos são celebrados de forma a afastar as preocupações concorrenciais e evitar sua recorrência. A grande maioria dos casos são resolvidos por meio de acordo, pois se trata de uma forma mais rápida e efetiva para resolver essas condutas e evitar a sua recorrência. Os acordos são celebrados sem cobrança de qualquer sanção pecuniária. Como as questões levantadas em casos de

⁴ Wright and Ginsburg (2016) não negam os benefícios dos acordos, apenas que eles devem ser corretamente avaliados dentro de uma política cuja premissa deve ser a livre concorrência.

condutas unilaterais são complexas e incertas, o foco da atuação tem sido a manutenção do ambiente competitivo, com remédios voltados para a resolução dos problemas encontrados. De acordo com as agências, os resultados alcançados têm sido positivos e a litigância é baixa (OCDE, 2016).

A Comissão Europeia também ressalta os resultados positivos de sua política de acordos e destaca as vantagens da mesma: agilidade para o mercado e para a autoridade, melhor capacidade em desenhar o remédio e, para a empresa, o não pagamento de multa e o dano reputacional reduzido. Assim como nos EUA, as empresas que celebram acordos em casos de abuso de posição dominante podem negociar sem o pagamento de multa (o que não ocorre em casos de cartel). Não é exigido o reconhecimento da infração; a CE não conclui pela existência de uma conduta, apenas que há "*concerns expressed by the Commission*". A decisão pode ser contestada em até dois meses para a *General Court* e, depois, para a *Court of Justice*. Revisões são poucas e normalmente confirmam a decisão. Por outro lado, como salientado no tópico anterior, a Comissão também destaca a importância de condenação em determinadas situações (BELLIS, 2016; OCDE, 2016).

A maior utilização de acordos não significa necessariamente uma completa padronização dos procedimentos pelas diversas autoridades. Dois exemplos importantes dessa distinção são as diferenças na aplicação de sanções e remédios, conforme já explicado mais acima. O DOJ, o FTC e a Comissão Europeia tendem a não aplicar multas em casos de acordo, enquanto outros países consideram a aplicação de uma sanção monetária importante para o *deterrence*. Também há diferenças na aplicação de remédios: embora haja consenso na necessidade do remédio ser proporcional ao dano, há divergências entre a utilização de remédios comportamentais e estruturais. A maior parte das autoridades emprega remédios comportamentais na solução de casos de conduta unilateral, embora as justificativas para tal escolha não necessariamente convirjam. As vantagens da aplicação de remédios estruturais em relação aos comportamentais são amplamente conhecidos na literatura (principalmente relacionados a atos de concentração), mas a proporcionalidade da aplicação de

remédios estruturais em condutas unilaterais suscitam discussões de difícil solução nos casos concretos (OCDE, 2006; OCDE, 2016)⁵.

Esses dois exemplos demonstram que as empresas podem se preparar com distintos cenários de *enforcement* na negociação de acordos, a depender da jurisdição: necessidade ou não de pagamento de um valor monetário e exigência de remédios mais ou menos onerosos para a empresa, que pode estar relacionado à gravidade de determinada conduta no país alvo da investigação. Por exemplo, casos de preços abusivos (PINAR, 2012) ou relacionados à economia digital (HONDA et al, 2020) são vistos com maior gravidade na Europa do que nos EUA, o que impactaria tanto na avaliação de um remédio como nos termos do acordo.

Pelo exposto, observa-se que não há um caminho único para a adoção de uma política de acordos por uma autoridade, embora haja uma similaridade nas recomendações. Dado o conhecimento dos benefícios e riscos, a experiência internacional revela que acordos em casos de condutas unilaterais devem ser incentivados, mas adotados com parcimônia, e que a própria dificuldade na análise dessas condutas acaba se estendendo para a adoção de diretrizes comuns para a celebração de acordos. A seguir, são discutidas as diretrizes no caso brasileiro.

3. TCCs em condutas unilaterais no CADE

No Brasil, a referência legal para a possibilidade de celebração de acordos está na Lei 12.529/11, Capítulo VI (Do Compromisso de Cessação), cujo artigo 85 detalha em quais condições serão aceitos os compromissos de cessação a serem realizados pelo CADE em condutas anti-competitivas. A Resolução 05/13 e o Regimento Interno detalham os procedimentos para a celebração de acordos - chamados de Termos de Compromisso de Cessação (TCC) -, que devem ser celebrados de acordo com

⁵ ¼ dos acordos celebrados pela CE desde 2004 tiveram algum remédio estrutural incluído.

a conveniência e oportunidade da administração pública (BRASIL, 2011; CADE, 2016 e 2019).

Os principais elementos que servem de guia para a negociação de TCCs são: (i) definição das obrigações em relação à conduta investigada⁶; (ii) fixação de valor de multa nas situações em que ocorrer descumprimento das obrigações assumidas⁷; (iii) contribuição pecuniária⁸; (iv) reconhecimento de culpa⁹ e (v) possibilidade de apresentação de proposta de acordo apenas uma vez pelo representado¹⁰. Esses elementos são obrigatórios para acordos em cartéis, mas alguns deles podem ser flexibilizados nos casos de condutas unilaterais, como detalhado abaixo¹¹.

A celebração do acordo pressupõe a existência de uma conduta que deve ser cessada, ou, caso já tenha sido cessada, que não volte a ocorrer. A investigação pode incidir sobre uma ou várias condutas, sendo elas independentes ou com relação entre si. Como visto mais acima, um dos principais objetivos de um acordo em casos de conduta unilateral é que a prática investigada seja cessada o quanto antes e seus efeitos sejam suspensos. Dessa forma, no TCC, devem necessariamente constar as obrigações em relação à conduta investigada, sempre relacionadas à teoria do

⁶ Lei 12.529/11, art. 85, §1º, I.

⁷ Lei 12.529/11, art. 85, §1º, II.

⁸ Lei 12.529/11, art. 85, §1º, III, e § 2º; Regimento Interno, art. 183.

⁹ Regimento Interno, art. 184.

¹⁰ Lei 12.529/11, art. 85, § 4º e Regimento Interno, art. 178, § 4º.

¹¹ A colaboração com a instrução do processo (Regimento Interno, art. 185) é um elemento que faz pouco sentido em casos de conduta unilateral, pois normalmente a prática é realizada apenas por um agente. A celebração do acordo suspenderá a investigação e, não havendo mais representados, não há mais instrução a ser feita. Nos casos em que há mais de um representado, esse item pode ser útil, mas não é obrigatório nem indispensável à celebração do acordo. Dependerá do caso concreto, não sendo um elemento relevante em casos de conduta unilateral.

dano subjacente. A complexidade desse ponto decorre do fato de que normalmente não basta um dispositivo genérico de não fazer mais a conduta, podendo ser necessário entrar em detalhes relacionados a obrigações de fazer e não fazer (nos remédios comportamentais) ou na venda de ativos (nos casos de remédios estruturais). A Lei 12.529/11 permite as duas possibilidades, sendo uma definição da autoridade e da representada qual a mais adequada no caso concreto.

Definido o remédio a ser aplicado, a legislação impõe a necessidade de dispositivo que fixe multa em caso de descumprimento, seja ele parcial ou total, do TCC. Esse dispositivo é importante para que a parte tenha incentivo em cumprir o TCC conforme acordado. Como em condutas unilaterais pode haver várias obrigações durante a sua vigência, a efetividade do acordo também dependerá que elas sejam cumpridas conforme estabelecidas e, caso não sejam, sua punição seja proporcional aos termos gerais do acordo. Ela torna-se ainda mais importante nos casos em que não há contribuição pecuniária, pois a consequência do descumprimento seria apenas a volta da investigação, que estava suspensa, ao seu curso normal, sem perdas financeiras para o representado.

A inclusão, no TCC, de contribuição pecuniária é obrigatória nos casos de acordos em condutas coordenadas, mas é opcional nos demais casos. Assim, as investigações relacionadas às condutas anticompetitivas conhecidas pelo exercício de forma unilateral – venda casada, discriminação de preço, recusa de contratar, etc. – podem ser negociadas sem a obrigação, por parte da representada, de pagar uma sanção pecuniária decorrente da conduta.

O reconhecimento de culpa também somente é obrigatório nos casos de acordos em condutas coordenadas, sendo opcional nos demais casos. Dessa forma, as investigações aqui analisadas podem ser negociadas sem a obrigação, por parte da representada, em assumir a culpa da conduta. Isso não significa que a empresa não possa assumir que realizou a prática – por exemplo, que não forneceu um determinado produto –, mas sim que não reconhece a ilicitude daquela prática como anticompetitiva.

Por fim, a legislação impõe que o representado só poderá apresentar a proposta de acordo uma única vez no CADE, não importando a fase processual ou a instância – Superintendência-Geral (SG) ou Tribunal. Em casos de conduta unilateral, esse dispositivo tem vantagens e desvantagens relevantes. A vantagem é a empresa, no momento em que propõe uma celebração de acordo com a autoridade, se esforçar em realizá-lo, pois só poderá fazê-lo uma vez, limitando uma postura especulativa de barganha a depender do outro polo negociador ou do estágio processual. Por outro lado, para que esse dispositivo seja funcional, também é importante que a representada tenha algum conhecimento prévio das condições nas quais o acordo pode ser celebrado.

Nos casos de conduta unilateral, como os termos são bastante flexíveis – pode ou não ter reconhecimento de culpa e contribuição pecuniária, por exemplo – a representada pode não se sentir confortável em propor um acordo sem saber as premissas no caso concreto. Dito isso, a aplicação desse dispositivo deve ser usado também com flexibilidade, para que potenciais acordos benéficos para a Administração e para a empresa não sejam desperdiçados pela rigidez da Lei. De qualquer maneira, a Superintendência também pode iniciar o processo de negociação de um acordo com a representada¹² e, mesmo que não haja um acordo, isso não impede que a empresa possa, em outro momento, apresentar uma proposta ao CADE.

Esses elementos descritos acima demonstram que a legislação brasileira em relação a acordos em condutas unilaterais é bastante flexível, o que permite que a autoridade possa, ao menos do ponto de vista dos limites da legislação, buscar alcançar os benefícios que uma política de acordos bem sucedida pode trazer para o ambiente concorrencial do país, conforme discutido no item anterior. A questão essencial, conforme também exposto no capítulo anterior, decorre da inexistência de uma metodologia única que possa ser aplicada em todas as jurisdições para todos

¹² Regimento Interno, art. 189 e 190.

os casos. Assim, o desafio é como aplicar o arcabouço existente nos casos concretos para que o *enforcement* seja efetivo. O capítulo seguinte focará nas recomendações do *Peer Review* da OCDE e como o CADE tem implementado a sua política de acordos.

4. O *Peer Review* e a jurisprudência recente do CADE

4.1 Peer Review

De acordo com a OCDE (2019, p.3), o “relatório tem como foco em que medida as leis, instituições, políticas e práticas de aplicação da legislação concorrencial no Brasil estão em conformidade com os instrumentos de política concorrencial da OCDE”. A conclusão do documento é que “o regime concorrencial no Brasil conta com fortes competências e instrumentos de persecução concorrencial” (ibid.). Não por acaso, o Brasil foi aceito no Comitê de Concorrência da Organização, relevando que o país atende aos critérios para a entrada na entidade. A avaliação feita no documento, no entanto, levantou alguns problemas que ensejaram a elaboração de recomendações. Conforme adiantado na introdução, determinadas recomendações se referem a política de acordos do CADE¹³. O foco aqui são as críticas à política em casos de conduta unilateral.

Segundo o relatório, o CADE deveria priorizar os casos de abuso de posição dominante, mas também “deveria depender menos de negociações de TCC para concluir casos de abuso de posição dominante, a fim de criar um conjunto de precedentes nesta área” (OCDE, 2019, p. 187). Essa menor dependência deveria vir com uma alteração do escopo da política de acordos.

De acordo com o *Peer Review*, a SG e o Tribunal incentivam o uso de acordos como forma de solucionar os casos de forma mais rápida,

¹³ As recomendações são apresentadas ao longo do documento e sumarizadas no capítulo 10 – Conclusões e Recomendações (OCDE, 2019).

principalmente nos mercados onde há poucas informações disponíveis, pois a outra alternativa é levar o caso até o fim, o que pode demorar vários anos. Para a OCDE, esse extenso uso de TCCs traz algumas desvantagens, sendo a principal a falta de precedentes, gerando dificuldade em sinalizar qual a posição do órgão em relação a certas condutas, ainda mais quando os poucos casos que chegam ao Tribunal são concluídos com divergências. Também acabaria revelando a falta de critérios claros de análise na aplicação da Lei. Como resultado, haveria poucos casos julgados pelo Tribunal, gerando precedentes em número reduzido e, assim, poucas análises aprofundadas de casos de abuso. Isso seria prejudicial para as empresas, pois faltariam orientações claras da autarquia em relação às condutas.

O *Peer Review* não exclui a importância de uma política de acordos; contudo, afirma que a prática de poder celebrar TCCs no Tribunal, quando a SG já concluiu a análise, é inusual em comparação com outras autoridades. Nesse caso, não haveria de se falar em economia de recursos, pois a análise já foi feita pela SG. Sendo a economia de recursos decorrente da análise mais rápida pelo Tribunal, esse estaria fazendo papel de investigador, não de julgador.

O relatório destaca que existem poucas diferenças entre os acordos em cartéis dos acordos em conduta unilateral. Como nesse caso não é necessário o reconhecimento de culpa, o procedimento seria mais próximo de um *commitment decision* do que um *settlement procedure* em outras jurisdições. Nessas, os casos mais graves, mesmo de conduta unilateral, seriam excluídos da possibilidade de acordos, sendo condenados. Já no Brasil, as contribuições tem sido baixas em geral, relevando uma crítica, da OCDE, a opção de acordos com valores baixos no lugar de condenar os casos mais graves¹⁴.

¹⁴ Na página 130 (OCDE, 2019) há uma tabela com o número de casos abertos, punidos e multas, por ano, de 2013 a 2017, separado por “Acordos horizontais”, “Acordos verticais” e “Abuso de posição dominante”. Alguns dados divergem dos colhidos para a elaboração do presente artigo e podem estar parcialmente relacionados com as definições utilizadas ao longo do *Peer Review*.

Outros problemas listados da política de acordos incluem a não revisão dos TCCs pelo judiciário; a ausência de reconhecimento de culpa, limitando as ações privadas de ressarcimento; as diferenças nas condições e obrigações para a celebração do acordo que dependem do conselheiro relator, o que geraria incerteza ao processo para os entes privados.

De forma a contribuir com a melhora da política de acordos, a OCDE listou as seguintes sugestões de mudança (2019, p. 189):

- *Os TCCs deveriam ser negociados durante a fase instrutória na Superintendência-Geral e antes de o caso ser discutido no Tribunal, para garantir que haja ganhos de eficiência e economia de recursos. O grau do desconto fornecido deveria refletir a eficiência administrativa gerada pelo uso do procedimento de acordo.*
- *Aceitar acordos somente em casos simples, que não envolvam questões inéditas ou jurídicas complexas.*
- *Priorizar celebração de acordos nos casos em que todas as partes estão dispostas a fazê-lo, e somente celebrar acordos em casos híbridos de forma excepcional.*
- *Estabelecer parâmetros e guias para contribuições pecuniárias em casos que não envolvam cartel¹⁵.*

A análise e as recomendações empreendidas pelo *Peer Review* são coerentes com as melhores práticas relativas a elaboração de uma política de acordos em condutas unilaterais defendidas pela OCDE em seus documentos. Contudo, como exposto mais acima, é importante que as recomendações levem em consideração a realidade institucional na qual a autoridade está inserida. Além disso, é relevante verificar se a análise encontra respaldo na jurisprudência recente do CADE.

Em determinados momentos, o relatório parece diferenciar abuso de posição dominante de condutas verticais; em outros, utiliza abuso de posição dominante como sinônimo de condutas unilaterais, em sentido mais amplo. O que importa na presente análise é a crítica em relação aos acordos e, nesse aspecto, ela se refere a política de forma mais ampla.

¹⁵ Também foi sugerido “reduzir os descontos disponibilizados para acordos envolvendo cartel, em linha com o grau de desconto aplicado em outras jurisdições”.

4.2 *Recomendações à luz da jurisprudência recente*

Entre 2015 e 2019¹⁶, foram julgados pelo Tribunal 31 casos de conduta unilateral, sendo 11 condenados e 19 arquivados. No mesmo período, houve 18 casos de acordos¹⁷. Somando-se os processos julgados aos concluídos por meio de acordo, são 49 processos no total, sendo 35% resolvidos com acordos. Comparando-se apenas os casos condenados com aqueles objeto de acordo, o percentual de acordos sobe para cerca de 60% dos processos. Esse número é relativamente alto, mas não parece ser excessivamente elevado comparado com os EUA e com a Comissão Europeia.

Sobre a instância onde foram negociados os acordos, 7 processos ocorreram no Tribunal (40%) e 11 na SG (60%). Esses 18 casos resultaram em 25 TCCs¹⁸, sendo 7 no Tribunal e 18 na SG. Embora a maioria seja negociada na SG, 40% dos casos sendo negociados pelo Tribunal é um número alto, pois carece de justificativa em termos de eficiência, tendo em vista que o processo já foi instruído pela SG e teve pareceres da Procuradoria do CADE e do Ministério Público Federal (nos casos analisados), o que respaldaria a crítica da OCDE. Complementarmente, esse

¹⁶ É fundamental fazer algumas considerações em relação aos dados analisados a seguir: (i) obviamente não foram considerados casos de influência à conduta uniforme nem de cartéis; (ii) também não foram incluídos casos mistos de cartel e conduta unilateral em que essa última foi arquivada já pela Superintendência-Geral; (iii) todos foram obtidos por meio de fontes públicas, como o “CADE em Números”, balanços, entre outros, os quais, algumas vezes, possuem pequenas divergências entre si ou são incompletos em relação à versão restrita. Dessa forma, os números dependem de alguns recortes metodológicos e, por isso, sua utilização é mais como linha geral do que é feito pelo CADE e menos com o objetivo de se ter um número preciso.

¹⁷ Os acordos foram realizados nos seguintes processos: 08012.002608/2007-26, 08012.009690/2006-39, 08700.011102/2013-06, 08700.010789/2012-73, 08700.001743/2014-25, 08700.004938/2014-27, 08012.005335/2002-67, 08700.006543/2015-40, 08700.005679/2016-13, 08700.001861/2016-03, 08700.000018/2015-11, 08012.001594/2011-18, 08700.001860/2016-51, 08700.002656/2016-57, 08700.006955/2018-22, 08700.007130/2015-82, 08012.002600/2014-30, 08700.009588/2013-04.

¹⁸ Um processo, mesmo que unilateral, pode ter mais de 1 representado e, assim, mais de 1 TCC.

dado deve ser ponderado com dois fatores: duração do processo e efetividade de implementação dos remédios.

Mesmo quando o TCC foi celebrado no Tribunal, o prazo de conclusão do processo com acordo é mais curto em comparação com os casos concluídos por meio de julgamento – média de 9 anos para o julgamento e 6 anos para os concluídos com acordo. Se a comparação for com os acordos celebrados pela SG, o benefício de tempo é ainda mais relevante: a média de prazo entre a denúncia e a conclusão via TCC é de 2 anos. Assim, embora possa-se questionar a eficiência de acordos celebrados no Tribunal, não há dúvidas quanto à eficiência (em relação ao tempo de julgamento) de acordos celebrados na SG.

Quanto à efetividade, a realização de acordos permite que os remédios sejam melhor ajustados quando negociados com a parte e testados com o mercado, do que em comparação com decisões unilaterais pela autoridade que podem ser contestadas e suspensas no judiciário. Esse benefício ocorre estando o processo na SG ou no Tribunal, desde que haja, de fato, obrigações positivas ou negativas. Imposição de apenas cumprir a Lei não deveria justificar um acordo, principalmente em processos que estão em andamento há muito tempo no órgão.

A efetividade está relacionada com a natureza e escopo do remédio, sendo difícil fazer uma avaliação se o mesmo foi adequado ou não, principalmente quando o acompanhamento das decisões é realizado eminentemente de acesso restrito e a autoridade não faz avaliações *ex post*, como no caso do CADE. Ademais, em relação especificamente à natureza do remédio, a própria OCDE não faz um juízo de valor, apenas relata que os remédios implementados pelo CADE têm sido comportamentais. Entretanto, essa preferência também ocorre em outros países e não pode ser apontado, *a priori*, como uma deficiência¹⁹.

¹⁹ Depois do *Peer Review*, o CADE celebrou dois acordos com a Petrobras com remédios comportamentais e estruturais. Embora a literatura ressalte a importância de remédios estruturais mesmo em casos de condutas unilaterais, houve algumas críticas (DRAGO, 2019; MOTTA, 2020) em relação a estas decisões.

No que se refere à tipologia das condutas, as principais julgadas no período foram: exclusividade (12), algum tipo de discriminação (8), aumento de custo de rival (6), recusa de contratar ou ofertar (4), *sham litigation* e/ou abuso de Propriedade Intelectual (3), venda casada (2). Já as principais condutas dos processos objeto de acordo foram: discriminação (6), exclusividade (5) e recusa de contratar ou ofertar (5). Outras condutas encontradas nos acordos são *sham litigation* (3), aumento do custo de rival (2), abuso de posição dominante como conduta principal (1), açambarcamento (1) e fixação de preço revenda (1). Cabe destacar que alguns processos (julgados ou com TCC) envolvem mais de uma conduta; a tipificação não está clara ou é imprecisa, adotando-se, por exemplo, apenas aumento de custo de rival ou abuso de posição dominante; também ocorre a prática de casos nos quais as condutas se confundem, como uma discriminação cujo objetivo é a recusa em ofertar. Assim, há uma variedade de condutas que foram tratadas tanto por meio de julgamentos como por meio de acordos.

A negociação de casos no Tribunal também reverbera na questão das sanções. A OCDE critica o baixo valor das contribuições pecuniárias negociadas, mas não se manifesta sobre o fato de alguns casos serem encerrados sem contribuição. Provavelmente, isso decorre do fato de que é comum em outras jurisdições a ausência de pagamento de multa em casos de conduta unilateral. O problema, no Brasil, decorre da incerteza dos critérios para a definição do valor das contribuições, quando estas são exigidas, e do fato do Tribunal fazer um número relevante de acordos, todos com percentuais baixos em casos de conduta unilateral.

Dos 18 processos concluídos com acordos nos últimos 5 anos, 10 tiveram contribuição pecuniária. Apenas 1 processo sem contribuição pecuniária foi negociado no Tribunal e dentro de uma negociação mais ampla com a Petrobras que envolveu os desinvestimentos no mercado de gás²⁰. Tendo em vista a fase processual dos casos, as obrigações assumidas e o tempo de investigação, a não exigência de contribuição dos 8

²⁰ PA 08700.007130/2015-82 e 08012.002600/2014-30.

processos estaria de acordo com as melhores práticas encontradas em outras jurisdições.

Por outro lado, dos 10 casos com contribuição, 6 foram negociados no Tribunal e 4 na SG. Embora alguns dos acordos estejam com as alíquotas confidenciais, a explicação do racional da definição da contribuição indica que os valores foram baixos, próximos do patamar mínimo, mesmo os acordados pelo Tribunal. A maior alíquota foi cobrada em um caso na SG em que também havia importantes remédios comportamentais e com cerca de 2 anos de instrução²¹. O referencial mais comum para o percentual cobrado são os casos passados, com pouco aprofundamento em relação à gravidade de cada uma das condutas analisadas e ao tempo de duração da prática e do processo. Esse mesmo problema é observado nos casos condenados, muitos com percentuais de multa em nível igual ou inferior aos casos concluídos com acordo.

Não há reconhecimento de culpa na grande maioria dos casos, mas essa questão é semelhante ao que ocorre com outras jurisdições. Acordos com cessação da prática de forma tempestiva podem ser mais importantes do que a espera de uma possível condenação e não são necessariamente substituíveis por uma medida preventiva imposta de forma unilateral. Aqui, mais uma vez, a questão é quando ocorre o acordo e a gravidade da conduta, o que pode ou não justificar um TCC sem reconhecimento de culpa.

A recomendação do *Peer Review* em priorizar acordos em processos nos quais todos os representados estejam dispostos a celebrar o TCC tem como foco casos de cartel. Nos acordos de unilateral com mais de um representado, todos celebraram TCCs.

Diante do exposto, os dados obtidos indicam que não há um número excessivo de acordos em condutas unilaterais. Os acordos não têm

²¹ Inquérito administrativo 08700.002656/2016-57. O valor da contribuição foi 1%. À exceção do processo administrativo 08012.009690/2006-39, cujo valor foi definido com base na vantagem auferida, não há indícios, nos percentuais ou explicações dos demais casos de conduta unilateral, que alguma alíquota tenha sido maior. Destaca-se que percentuais mais altos foram cobrados em casos de influência à conduta uniforme e cartéis, que não são objeto de análise aqui.

se concentrado em uma conduta e têm permitido concluir os processos de forma mais célere para a administração e para a sociedade. A ausência de contribuição pecuniária não é um problema em si, pois tem sido feito na SG e de forma justificada.

Contudo, os dados também indicam que existem alguns dos problemas levantados pela OCDE e que merecem ser objeto de aperfeiçoamento, principalmente no que se refere a negociação de acordos no Tribunal e a definição da sanção adequada quando ocorre contribuição pecuniária. Além disso, é importante a reflexão, em termos de política, de quais casos é desejável a negociação de acordos e quais devem ir a julgamento, mesmo com a disposição das partes em negociar TCCs.

5. Considerações finais

Uma política efetiva de acordos em casos de conduta deve responder de forma positiva às seguintes questões: (i) existem critérios claros para fazer tais acordos? (ii) esses acordos estão cumprindo os benefícios atribuídos a eles de economia de recursos e supressão da conduta de forma rápida? (iii) têm servido de *deterrence*? e (iv) tem permitido às empresas entenderem quais práticas são permitidas e quais não são toleradas pela autoridade concorrencial? As recomendações da OCDE indicam que a política do CADE atende de forma parcial tais questões no que se refere especificamente aos acordos em condutas unilaterais.

A conclusão do presente artigo também é que a política do CADE atende de forma parcial essas questões, mas de forma mais positiva do que a exposta pela OCDE. Existem problemas a serem enfrentados, mas os acordos têm permitido ao órgão avançar na conclusão de casos importantes para o mercado e enfrentar um dos grandes problemas em se tratando de conduta unilateral no país, que é a demora nas investigações. Esse problema foi apontado no documento e é bastante conhecido por aqueles que lidam com a defesa da concorrência no CADE.

Embora os prazos de análise tenham sido reduzidos ao longo dos anos²², ainda é longo e tortuoso o caminho de um processo até seu julgamento final, seja pela condenação ou pela absolvição. Depois de vários anos de processo, qualquer que seja o resultado terá sido negativo para o mercado, seja porque houve uma grande demora em solucionar uma prática anticompetitiva com todos os seus efeitos negativos²³, seja pelos custos em termos de tempo e recursos para as empresas, mesmo nos casos em que houve arquivamento. Além disso, essa demora pode acabar desestimulando os agentes a pleitearem legitimamente uma intervenção do CADE, o que, por si só, também é negativo para a concorrência.

Assim, não é possível avaliar a política do órgão fora do contexto institucional em que ele se encontra, seja no Brasil, seja em outras jurisdições. Pode-se considerar que a principal importância das recomendações da OCDE não são a aplicação completa delas, mas em levantar de forma qualificada a discussão de importantes temas sobre a atuação do CADE. Nesse aspecto, a avaliação da OCDE é bem vinda e, espera-se, deve servir de base para o aperfeiçoamento da atuação do CADE.

Referências bibliográficas

BELLIS, Jean-François. *EU Commitment: What makes them so attractive?* In: OCDE. Commitments decisions in antitrust cases. Competition Policy Roundtable. 2016. Disponível em www.oecd.org. Acesso em 24 de julho de 2020.

BRASIL. *Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011*. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

²² O prazo médio dos casos de abuso de posição dominante reduziu de 2,1 para 1,7 anos em 2019 (GCR, 2020).

²³ As medidas preventivas são raras e parecem esbarrar em vários problemas: complexidade das discussões envolvendo condutas unilaterais, relutância do Tribunal em dar a preventiva em processos na SG e possibilidade do Judiciário “derrubar” a preventiva concedida.

CADE. *Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel*. Maio de 2016. Versão atualizada em setembro de 2017. Disponível em www.cade.gov.br. Acesso em 04 de julho de 2020.

_____. *Brasil é aceito como membro do Comitê de Concorrência da OCDE*. 22 de fevereiro de 2019. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/brasil-e-aceito-como-membro-do-comite-de-concorrancia-da-ocde>. Acesso: 17 de agosto de 2020.

_____. *Regimento interno do CADE*. Brasília, DF. Versão atualizada de junho de 2019.

DRAGO, Bruno de L. e ANDREOLI, Daniel. O CADE e a quebra do monopólio de refino de combustível no Brasil. In: CRISTOFARO, Pedro P. S. e BAGNOLI, Vicente. *Jurisprudência do CADE comentada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GINSBURG, Douglas H., WRIGHT, Joshua D. *Antitrust Settlements: the culture of consent*. George Mason University School of Law and Economics. Research Paper Series 13-18. 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/SSRN-id2225894.pdf>. Acesso em: 29 de julho de 2020.

GCR. *Rating Enforcement 2020: Brazil's Administrative Council for Economic Defense*. Global Competition Review. 2020. Disponível em: <https://globalcompetitionreview.com/>. Acesso: 22 de agosto de 2020.

HONDA, Joyce M. et alli. Recent trends in unilateral conducts in the digital markets and CADE's approach to this type of conduct. In: IBRAC. *The Future of Antitrust*. Editora Singular, 2020.

MOTTA, Lucas G. da. *Antitruste, regulação setorial e a nova política de desinvestimentos da Petrobras: instrumentos para a promoção da concorrência no mercado de gás natural*. In: IBRAC. *Revista do IBRAC*. Número 01, 2020.

OCDE. *Remedies and sanctions in abuse of dominance*. Policy Roundtable. 2006. Disponível em www.oecd.org. Acesso em 24 de julho de 2020.

OCDE. *Commitments decisions in antitrust cases*. Competition Policy Roundtable. 2016. Disponível em www.oecd.org. Acesso em 24 de julho de 2020.

OCDE. *Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil*. 2019. Disponível em: www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-andpolicy-brazil-2019.htm.

PINAR, Akman. *The Concept of Abuse in EU Competition Law: Law and Economics Approaches*. Oxford: Hart Publishing, 2012.

WRIGHT, Joshua D., GINSBURG, Douglas H. *The costs and benefits of Antitrust consent*. In: OCDE. *Commitments decisions in antitrust cases*. Competition Policy Roundtable. 2016. Disponível em www.oecd.org. Acesso em 24 de julho de 2020.