

LEI Nº 12.529, DE 30 DE NOVEMBRO DE 2011

10 Anos

DA LEI DE DEFESA
DA CONCORRÊNCIA

IBRAC 30
anos

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Flávia Chiquito dos Santos

Organizadora

10 anos da lei de defesa da concorrência / Flávia Chiquito dos
277 Santos, organização. São Paulo: IBRAC, 2022.

267 p.

ISBN: 978-65-992056-3-7

1. Concorrência 2. Perguntas e respostas I Santos, Flávia
Chiquito dos

CDD 341.3787

Editores

Flavia Chiquito dos Santos

Leonardo Peixoto Barbosa

Fernando Amorim

José Carlos Busto

© IBRAC

2022

IBRAC 30
anos

www.ibrac.org.br

ibrac@ibrac.org.br

SUMÁRIO

Nota da organizadora	4
Prefácio	7
Adriana Gianinni	11
Alessandro Octaviani	19
Alexandre Barreto	26
Alexandre Cordeiro.....	31
Amanda Athayde	39
Ana Frazão	45
Barbara Rosenberg	53
Caio Mario	58
Carlos Francisco de Magalhães	67
Cristiane Zarzur	74
Daniel Andreoli.....	80
Denise Junqueira	88
Diogo Coutinho.....	94
Eduardo Caminati	98
Eduardo Gaban.....	102
Eric Jasper	108
Fabrcio Cardim	113
Fernando de Oliveira Marques.....	121
Gabriel Dias	127
José Del Chiaro Ferreira da Rosa.....	131
José Inácio Gonzaga Francheschini	137
Joyce Honda.....	149

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Juliana Domingues.....	160
Juliano Maranhão.....	165
Lauro Celidonio	172
Leonor Cordovil.....	177
Mauro Grinberg	182
Patrícia Agra	192
Paula Forgioni.....	194
Paulo Casagrande.....	197
Pedro Paulo Salles Cristofaro	202
Pedro Zanotta	209
Polyanna Vilanova	215
Priscila Brolio	218
Ricardo Motta	224
Sérgio Varella Bruna.....	230
Silvia Fagá	236
Sonia Maria Giannini Marques Dobler.....	243
Tito Andrade	245
Vicente Bagnoli	252
Vinícius Carvalho	259

NOTA DA ORGANIZADORA

Esta obra representa, essencialmente, o diálogo com diversos especialistas que de alguma forma contribuíram para o desenvolvimento do direito concorrencial brasileiro. Os protagonistas são advogados militantes na área e associados ao Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC), professores, economistas e, também, autoridades e ex-autoridades do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Aqui estão reunidas entrevistas personalizadas, que levaram em conta o papel de cada um dos entrevistados com o aperfeiçoamento dos principais pilares da política antitruste, não se limitando ao controle de condutas anticompetitivas, controle de estruturas e *advocacy* concorrencial, mas, principalmente, quanto à posição do CADE como um órgão de Estado dentro da Administração Pública e sua permanente interlocução com diversos atores e esferas. Há passagens históricas narradas nas entrevistas que apresentam a motivação com que determinadas regulamentações surgiram e hoje, felizmente, podemos reconhecer que fomos brindados com certas intervenções legislativas que têm utilidade nos dias atuais.

Minha grande surpresa com a conclusão desse livro foi que, a partir de um número limitado de perguntas a cada entrevistado, os quais também estavam sujeitos a apresentarem respostas em tamanhos limitados, deparei-me com uma obra com reflexões profundas sobre o direito concorrencial, a partir de textos objetivos, substantivos e descontraídos, tornando sua leitura muito agradável.

As respostas de cada um demonstram que somos diferentes, com especializações, papéis e perspectivas distintas, apesar de haver, conforme o leitor notará, muitas convergências de opiniões sobre diversos temas aqui tratados. Todas essas diferenças tiveram funções complementares e sua soma resultou na atual política concorrencial que o Brasil tem o privilégio de se valer. Sem dúvida, esse foi, e continua

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

sendo, um trabalho conjunto iniciado nos anos 90 e com contribuições de diversos especialistas, que tivemos a honra de ouvir - parte deles - nessa obra comemorativa dos dez anos da Lei n. 12.529/11, a atual legislação de defesa da concorrência em vigor.

As entrevistas puderam contemplar uma linha do tempo entre passado e presente, no que se refere à evolução da prática decisória do CADE sobre cartéis, negociações de acordos de leniência e termos de cessação de condutas, condutas unilaterais, atos de concentração, *gun jumping*, entre outros. Além disso, essa linha do tempo também contempla discussões sobre a intersecção do antitruste com temas como arbitragem, regulação e *compliance*. Os entrevistados narram diversos casos que tiveram atuação direta, descrevendo não só os entraves das legislações aplicáveis, como também os bastidores dos agentes privados, dos advogados envolvidos e da interlocução com as autoridades. Esses trechos são imperdíveis!

Vivemos um momento de profunda transformação da sociedade e não há como dizer que o fenômeno global da pandemia da covid-19 não teve seu papel, também transformador, principalmente, no exercício da advocacia. As entrevistas são convergentes sobre esse tema e os entrevistados trazem reflexões interessantes e pertinentes sobre as transformações necessárias nessa seara, sempre dando luz ao papel insubstituível da especialização acadêmica e da influência internacional que a matéria antitruste requer.

O livro não deixou de refletir sobre o futuro, abordando os principais desafios – inclusive disruptivos - do direito antitruste à dimensão internacional. Muitos temas ainda estão sem conclusões, pois sob experimentações, como ocorre com os mercados digitais, em que se cogita uma mudança estrutural envolvendo regulação concorrencial. Questões sobre reparações de danos, embora menos contemporâneas, nota-se uma crescente evolução do tema, com as varas judiciais especializadas e com a recente aprovação do Projeto de Lei nº 11.275/2018. A sigla ‘ESG’ (*Environmental, Social, Governance*) também aparece nas reflexões sobre o papel da política de defesa da

concorrência e a influência que essas três frentes devem ter na atuação do CADE. O próprio formato da estrutura do Tribunal do CADE também resta questionado, sobre seu papel como tribunal administrativo ou próximo a uma agência reguladora e sobre o número de seus membros, conforme Projeto de Lei n. 4.323/2019.

Percebe-se com essa obra que, por meio desse diálogo contendo fatos histórico-reflexivos sobre o desenvolvimento da política antitruste brasileira, o IBRAC teve um papel-chave no cerne de todas as principais decisões que contribuíram para o aperfeiçoamento dessa política, notadamente, no que tange à interlocução entre advogados e autoridades, que é um fator enriquecedor da bem-sucedida política concorrencial. O IBRAC não só faz parte dessa história de sucesso, mas tenho certeza que também faz parte da história de vida de cada um dos entrevistados nessa obra, principalmente – e felizmente - da minha vida, e certamente de tantas outras pessoas.

Na expectativa de que os leitores se surpreendam e se entusiasmem – assim como ocorreu comigo -, convido a todos à leitura dessa obra, que organizei com a ajuda imprescindível de Leonardo Magalhães, Fernando Amorim e Catharina Sá.

Flávia Chiquito dos Santos
Diretora de Publicações do IBRAC

PREFÁCIO

Dez anos do início da vigência da lei de defesa da concorrência se passaram, num piscar de olhos. Ainda ontem, recordamos a sessão tumultuada de aprovação no Senado Federal, naquele dia 30 de novembro de 2011. E seis meses após, tem início sua vigência.

Foram alguns diplomas até chegarmos ao atual, iniciando-se, de forma abreviada, na década de 1960, retornando com força na década de 1990 e consolidando-se na década de 2010. Um progresso que se deu paralelamente à evolução da economia e das instituições brasileiras.

A presente obra celebra esta passagem. Ao reunir um grupo seleto de advogados, economistas, professores e autoridades atuantes na área, mais do que isso, um grupo que, a seu modo, ajudou na pavimentação desta rica história de sucesso da lei concorrencial brasileira, remontamos aos desafios do passado, com riquezas de detalhe compartilhadas pelos seus entrevistados. Navegamos pelo atual momento do direito concorrencial brasileiro e discussões que se colocam, mais ou menos pertinentes na visão de cada entrevistado. E atracamos no continente do futuro, com as perspectivas do que está por vir em termos de política concorrencial.

Ao olharmos para trás, a implementação de um processo de controle prévio com a devida celeridade na análise dos casos certamente despertava apaixonados receios da mudança, naquilo que se mostraram, ao final, indevidos, visto todo sucesso observado na transição. Presenciamos maturidade e organização gerencial da autoridade para implementação de procedimentos na avaliação dos atos de concentração, com profundidade adequada na revisão de casos de maior complexidade.

Fortaleceu-se, ainda mais, o já vigoroso combate a cartéis, há alguns anos tido como essencial pelo CADE, com robustecimento da política de leniência e de acordos, desenvolvendo-se ainda novos instrumentos de detecção de condutas colusivas, e aperfeiçoando-se o aparato de estudos econômicos e advocacia da concorrência, resultando

no estreitamento das relações da autoridade com setores econômicos diversos e seus reguladores.

O fomento - decorrente da bem sucedida implementação dos acordos de leniência no Brasil –de instrumentos semelhantes adotados por outras autoridades, aliado ao surgimento da operação Lava Jato, trouxe maiores complexidades na interação entre as diversas autoridades, ao mesmo tempo em que elevou a visibilidade do CADE na condução de investigações.

Mais recentemente ainda, ocupou-se o CADE em voltar seus holofotes à identificação e processamento mais estruturado de casos de condutas unilaterais, elemento até então colocado em segundo plano na aplicação da lei. Foram dados os primeiros passos, porém os desafios ainda são significativos para uma política de combate a abusos de poder econômico, muito em razão da complexidade de sua dinâmica e da curva de aprendizado que se coloca para tanto.

Pode-se dizer, com toda certeza e alegria, que a lei de defesa de concorrência, que muito se confunde com o executor de seus mandamentos, possui uma rica história de sucesso até aqui. E com o sucesso surgem novos e mais complexos desafios, mais cobranças e, certamente, elementos destinados a capturarem um sistema que bem funciona. A vigilância deve ser constante e habitual.

Dentre tais desafios vislumbramos, inicialmente, a necessidade de maior aprofundamento nas técnicas de investigações envolvendo condutas unilaterais, bem como o aperfeiçoamento de instrumentos de atuação *ex-officio*, com estratégias mais focadas em setores de maior concentração, e que demandam maior escrutínio por parte da autoridade.

Da mesma forma pode-se elencar a necessidade de robustecimento não somente de ferramentas de detecção de infrações concorrenciais, especialmente envolvendo condutas colusivas, mas, principalmente, a correta sinalização ao mercado sobre os incentivos à leniência e aos acordos que trazem a público a prática de infrações e que permitem a interrupção dos seus efeitos no mercado.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Na linha do balanceamento dos corretos incentivos, vislumbramos um grande desafio à frente no sentido de maior convergência de entendimentos e consolidação da jurisprudência sobre dosimetria das penas, no que toca a diferentes prismas de análises, não somente com relação à vantagem auferida, mas, principalmente, nas discussões base de cálculo, tratamento isonômico entre os réus, alíquotas aplicadas, agravantes e atenuantes. A elaboração de um guia de dosimetria muito tem a contribuir.

A sempre discutida convergência na avaliação de critérios para revisão de atos de concentração envolvendo mercados digitais, bem como padrões probatórios e remédios aplicáveis em condutas unilaterais envolvendo tais mercados, é um desafio global que se coloca. O que fazer e onde se perfilar?

A transparência é preocupação constante nas decisões do CADE, sempre em respeito às sensibilidades concorrências dos administrados. Nesta linha, espera-se maior clareza das autoridades no foco de aplicação da lei de defesa de concorrência, com a devida sinalização ao mercado. Importante que se avance na atualização e publicação de novos guias, capazes de apontar as preocupações mais fundamentais das autoridades, bem como aquelas que se avizinham.

Com relação a novos temas fronteiros que se colocam, cada vez mais discutidos, como tratá-los? Os limites do escopo e aplicação do direito concorrencial passam, assim, por escolhas bastante difíceis, como temas de sustentabilidade, devedor contumaz, não aliciamento de talentos, além de outros, e suas respectivas inteirações com a pauta concorrencial.

Finalmente, um diálogo mais estruturado com outros stakeholders para criação de uma política comum de *advocacy* concorrencial, bem como maior aproximação com o poder judiciário, e o papel da arbitragem no monitoramento de remédios e nas temáticas de reparação de danos concorrenciais, parecem caminhos necessários para uma política de defesa da concorrência mais eficiente.

Muitos, se não todos os desafios colocados acima, serão de forma mais ou menos eloquente, colocados à prova do leitor nas páginas que seguem.

O que se conclui, passados estes 10 anos de prática da Lei 12529/11, é que um longo caminho foi percorrido, com bastante sucesso, com vitórias importantes, e com a construção de instituições bastante sólidas no tema da concorrência. Preservar e intensificar essas conquistas são os desafios para os próximos 10 anos. E a certeza que podemos ter é que quando a defesa institucional da livre concorrência e do bem-estar do consumidor são priorizados, a sociedade se sagra vencedora.

Obrigado ao CADE por se tornar guardião de primeira linha da Lei 12.529/11 ao longo destes 10 anos, aos demais órgãos do sistema e do governo por contribuírem com a pauta concorrencial, ao poder judiciário pela crescente aproximação com o tema, e à advocacia privada, que tem desempenhado seu papel de zelar pelo cumprimento do devido processo legal e, de forma especial, participar tão proximamente da construção da política pública da livre concorrência brasileira.

Bruno Drago
Diretor Presidente do IBRAC

ADRIANA GIANINNI

Conte-nos um pouco sobre a sua experiência de atuação em escritório internacional e qual é a sua visão sobre a presença de grandes corporações globais de advogados no mercado brasileiro.

Sou sócia do Tauil & Chequer Advogados, que é associado a Mayer Brown, um escritório internacional com sede em Chicago.

Após a conclusão do meu LL.M. em Londres, trabalhei dois anos e meio em Bruxelas: primeiro fiz um estágio na Comissão de Concorrência da União Europeia, na unidade de Serviços Financeiros e, após esse período, trabalhei como advogada em um escritório internacional. Portanto, associar-me no Brasil a um escritório com laços internacionais foi um passo natural na minha carreira.

É muito interessante trabalhar em um escritório com associação internacional. O nível da prática do direito, especialmente no direito antitruste, em jurisdições como Estados Unidos e Europa é muito alto. Dessa forma, não só ter o acesso a repositório quase que infinito de informações sobre praticamente todos os países do mundo mas, principalmente, a profissionais que trabalham diariamente em casos complexos em diversas jurisdições é muito enriquecedor, sem contar a base de clientes diversa.

Além disso, o contato próximo entre os diversos advogados que trabalham em um mesmo caso com dimensão internacional, sob o guarda-chuva de uma mesma associação, faz com que o trabalho ocorra de uma forma mais integrada, eficiente e rápida, o que no final só beneficia o cliente e traz uma maior competição à prática da advocacia como um todo.

Vale mencionar, ainda, a maior facilidade de trabalhar em escritórios associados ao redor do mundo, o que é um grande atrativo para contratação de advogados, e também um fator importante de capacitação pessoal e profissional, principalmente na nossa área.

Por fim, não posso deixar de mencionar a preocupação que existe com questões de diversidade e inclusão e responsabilidade social, com os recursos alocados para que iniciativas com base nesses valores sejam implementadas consistentemente em todos os escritórios ao redor do mundo. Isso não só traz benefícios aos funcionários e clientes dos escritórios que fazem parte da associação mas também, e mais importante, às comunidades onde estão inseridos.

A Sra. tem feito um mapeamento e acompanhamento de projetos legislativos envolvendo a Lei nº 12.529/2011. Quais desses projetos de lei podem produzir efeitos relevantes na defesa da concorrência?

Existe um grande número de projetos legislativos (PLs) em trâmite perante o Congresso Nacional que tratam de matérias de cunho concorrencial, seja diretamente, v.g, projetos que buscam alterar artigos da Lei 12.529/11, seja indiretamente, ou seja, PLs que tratam de questões que tangenciam o direito da concorrência tais como acesso a mercados, discriminação etc.

O mapeamento que fazemos pelo IBRAC acompanha semanalmente mais de 40 projetos de lei, e nesse número já foi feito um filtro dos projetos considerados mais relevantes.

De todos esses, vale mencionar três que têm o condão de alterar significativamente a defesa na concorrência no Brasil, quais sejam, (i) o de “reparação de danos”, (ii) o que é conhecido como “vantagem auferida”, mas que atualmente não trata mais desse assunto, como será esclarecido, e o do (iii) do número de conselheiros no Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE.

Reparação de Danos

O PL que está com a tramitação mais adiantada é o de reparação de danos. É possível que, quando esse livro seja publicado, ele já esteja em vigor.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Trata-se de se um PL que traz mudanças extremamente relevantes para o *enforcement* do direito concorrencial brasileiro por meio do fomento de ações de reparação de danos decorrentes de infrações à lei de defesa da concorrência.

As alterações mais importantes são (i) a previsão de ressarcimento do dano em dobro pelos infratores, com exceção do leniente e compromissário, no caso do infrator que firma termo de cessação de conduta (TCC), (ii) a exclusão da solidariedade no pagamento dos danos para o leniente e compromissário em caso de TCC e (iii) fixação do prazo prescricional em 5 anos, cujo marco inicial conta a partir do julgamento da conduta pelo CADE.

Vantagem auferida

O segundo projeto de lei que merece destaque é o chamado ‘PL da vantagem auferida’

Esse projeto tem esse apelido porque sua redação original buscava tratar exatamente do conflito do art. 37 da Lei 12.529/11, que traz, de um lado, um limite máximo para multa por infração concorrencial de 20% do faturamento e, de outro, um limite mínimo, que seria vantagem auferida. Assim, em sua redação original esse PL buscava sanar qual o limite que se aplicaria na prática, que no caso seria a vantagem auferida, ou seja, as multas nunca poderiam estar abaixo desse critério.

Contudo, um de seus substitutivos mudou significativamente a redação, que agora dispõe que a multa para empresa deverá ser de 0.1% a 20% do faturamento bruto da empresa, obtido nos exercícios de efetiva duração da infração, no mercado relevante em que ocorreu a infração.

Há três pontos importantes a se destacar:

- a redação atual do PL exclui completamente qualquer referência à vantagem auferida o que, ao meu ver, é uma alteração positiva pois acaba com a controvérsia existente, ainda mais considerando-se as dificuldades práticas desse cálculo;

- o PL também substitui o termo “ramo de atividade” por “mercado relevante” para a base da multa, que é um conceito mais técnico e preciso, o que eu também entendo como positivo; e,
- por fim, a alteração mais relevante é eliminação de um limite temporal para aplicação do percentual da multa, que seria aplicada em múltiplos conforme os anos de duração da conduta. Isso quer dizer que, em condutas de 5 anos ou mais, que não são incomuns, a multa poderia chegar a 100% do faturamento da empresa infratora (20% x 5 anos). Questiona-se se esse dispositivo não seria inconstitucional, pois há o argumento de que uma multa dessa magnitude infringiria os princípios da proporcionalidade e do não confisco. A título de exemplo, já há decisões judiciais dizendo que multas tributárias superiores a 20% do tributo devido infringem o princípio da proporcionalidade.

Ainda em relação a esse último ponto, espera-se que a aplicação de multas que afetem parte substancial do faturamento de uma empresa resultem num aumento expressivo de ações judiciais, o que pode comprometer o *enforcement* antitruste como um todo.

Além da questão da multa em si, a ausência de “teto máximo” pode ter uma influência bastante deletéria na políticas de TCCs, pois o que se busca em um TCC é a previsibilidade da contribuição pecuniária, e a ausência de um valor máximo resultará em uma insegurança aos entes privados que desejem negociar um acordo.

Portanto, acho que há questões a serem aprimoradas em relação à redação desse PL, que já foi aprovado pela Câmara e está atualmente no Senado.

Número de Conselheiros

Por fim, o terceiro PL que merece destaque é aquele que tem por objetivo diminuir o número de Conselheiros do Tribunal do CADE de 7 para 5 e traz ainda outras disposições relevantes para tema.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Esse PL está sob análise da CCJ na Câmara dos Deputados e, caso aprovado sem recurso, seguirá para análise no Senado.

Uma questão interessante sobre esse PL é se ele teria um “vício de origem”. O art. 61 da Constituição dispõe que são de iniciativa privativa do Presidente da República leis que disponham sobre “servidores públicos [...], seu regime jurídico, provimentos de cargos etc.”.

Tratando o PL justamente sobre cargos do CADE, questiona-se, portanto, se o PL não seria eivado por um vício de origem, o que resultaria na sua inconstitucionalidade.

O relator da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara - CCJC tratou desse assunto em seu relatório, de forma a afastar essa possibilidade. De acordo com o relatório, a vedação constitucional seria para PLs que tratam de “regime jurídico”, que não é o caso. Ademais, há uma decisão recente do STF declarando constitucional um projeto de iniciativa do Congresso que trata da autonomia do Banco Central - BACEN.

Será interessante acompanhar o que acontecerá. Contudo, como esse é um PL que ainda tem um tempo de andamento pela frente, seu texto pode sofrer alterações substanciais ainda, e vamos aguardar para ver o que vem.

A análise prévia de Atos de Concentração pelo CADE foi uma das grandes novidades trazidas pela Lei nº 12.529/2011. Em sua opinião, como o CADE poderia aprimorar os procedimentos de análise de atos de concentração?

Ao meu ver, o CADE é bastante eficiente na análise de atos de concentração.

Contudo, o que poderia tornar esse sistema ainda mais eficiente é a correção do critério de faturamento da Lei 12.259/11 com base na inflação.

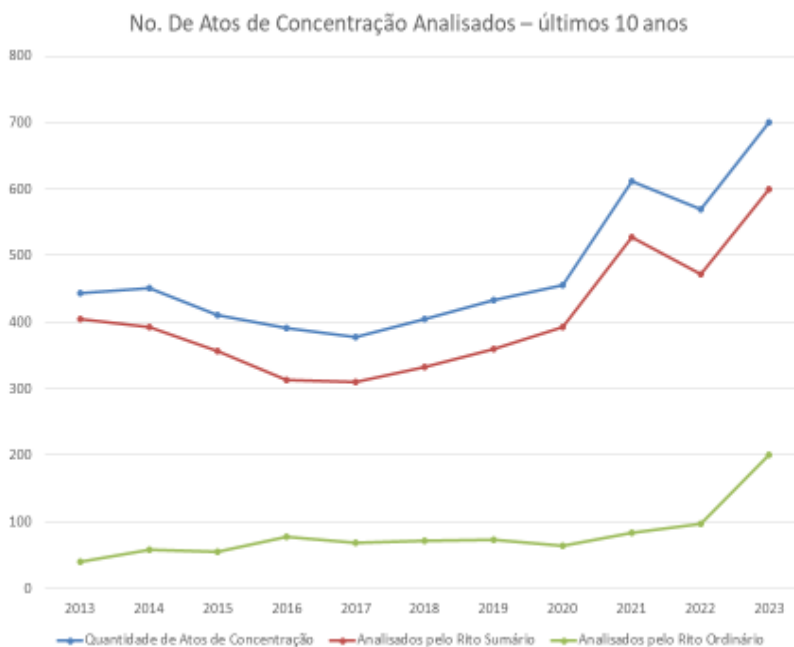
Segue abaixo uma tabela com um levantamento, cuja fonte é o próprio CADE, sobre o número de atos de concentração analisados desde 2013

No. de Atos de Concentração Analisados – Últimos 10 anos

ANO	QUANTIDADE DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO	ANALISADOS PELO RITO SUMÁRIO	ANALISADOS PELO RITO ORDINÁRIO
2013	444	404	40
2014	451	393	58
2015	411	356	55
2016	391	313	78
2017	378	310	68
2018	404	332	72
2019	433	360	73
2020	456	392	64
2021	611	527	84
2022 (até 03/06/2022)	239	198	41
TOTAL (10 anos)	4702	3879 (86%)	823 (14%)

Colocando esses números em formato de gráfico, fica clara a tendência de aumento significativo das operações analisadas, sem que a economia brasileira tenha crescido na mesma proporção. Muito pelo contrário, sabemos que nos anos recentes o PIB, com efeito, decresceu.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA



A minha visão sobre isso é que o aumento de atos de concentração decorre, principalmente, da falta de atualização dos critérios de notificação.

Os critérios de faturamento que temos são os mesmos desde que a Lei entrou em vigor, ou seja, R\$750 milhões para um dos grupos envolvidos na operação e R\$ 75 milhões para o outro.

Contudo, se você ajustar esse número pelos diversos índices, é possível ver que esse número aumenta substancialmente

Atualização dos critérios de notificação

– **Selic (30/5/2022):**

- R\$ 1.684.125.188,62 e R\$ 168.412.518,86

– **IGPM (04/2022):**

- R\$ 1.820.828.550,00 e R\$ 182.082.855,00

– **IPCA (04/2022):**

- R\$ 1.375.645.050,00 e R\$ 137.564.505,00

O Brasil é um país em desenvolvimento, com recursos limitados e, isso, naturalmente, aplica-se ao CADE.

É importante, portanto, que os recursos sejam alocados de maneira correta e eficiente e, para mim, isso passa pelo CADE analisar apenas aqueles atos de concentração em que as partes tenham um volume de faturamento significativo, como quis o legislador em 2011.

Isso não quer dizer que casos complexos, ou que tenham potencial ofensivo mesmo que as partes tenham faturamentos abaixo dos limites legais vão deixar de ser analisados: o legislador deu mecanismos para que o CADE possa analisar qualquer ato de concentração, independente do critério de faturamento, em até um ano do fechamento da operação. Ademais, o CADE também tem mecanismos para punir eventuais condutas resultantes de abuso de posição dominante.

Por fim, vale notar que a atualização do critério de notificação não é algo inédito, jurisdições relevantes como os Estados Unidos (e outras) atualizam seus critérios anualmente.

Em suma, eu acredito que a melhor maneira de melhorar a eficiência do sistema é que os critérios de notificação sejam ajustados.

ALESSANDRO OCTAVIANI

Na sua visão, qual será o futuro da prática concorrencial, sob a ótica da advocacia e sob a ótica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”)?

I.a. Desafios para o futuro da advocacia da concorrência: a China e suas 150.000 estatais

A transferência do eixo central de acumulação capitalista para o leste asiático, tendo a China como seu epicentro, é um processo em curso, com consequências enormes. Pode-se afirmar que a era do liberalismo triunfalista que se seguiu à queda da URSS está enterrada. A presença de uma China que apresente, no prazo de 20 anos, o dobro de tamanho da economia norte-americana traz para o núcleo das operações comerciais globais o conglomerado estatal multinacional chinês. A China possui cerca de 150.000 (cento e cinquenta mil) estatais, nos mais variados mercados. Dos 500 mais relevantes grupos econômicos do mundo em 2018, segundo a *Forbes*, 10% eram estatais chineses, número que tenderá a aumentar conforme aumenta a escala do desenvolvimento chinês. Os planos quinquenais, sob o férreo comando do Partido, modelam mecanismos de crédito a fim de direcionar a economia chinesa para o aumento de sua complexidade econômica, estruturando a disputa de mercados tecnológicos já existentes ou, preferencialmente, pela criação de novos mercados, como dá exemplo o invejável desempenho chinês no 5G. As operações de aquisição promovidas por tais conglomerados não têm condições de ocultar o evidente fato de que seu controlador é o Estado chinês, a partir da *State Owned Assets Supervision and Administration Commission – SASAC* e dos planos quinquenais. Imaginar o poder econômico chinês nos moldes de um mercado de atores privados operando com racionalidade neoclássica é tão distante da realidade quanto acreditar que o preço internacional do petróleo é dado em mercado, e não por um cartel de nações produtoras e suas estatais.

Esse quadro trará o grande desafio à advocacia estatal da concorrência brasileira de identificar – e enquadrar – as estratégias chinesas para o domínio dos diversos mercados relevantes brasileiros, para o que a atual formatação de corte neoclássico e hiper-liberal é singularmente incapacitada, dada a quantidade de preconceitos contra a realidade que emerge de tal aparato cognitivo. Cobrar das operações apresentadas suas conexões íntimas com o controlador central – e daí extrair todas as suas consequências concorrenciais, nos quadros da concorrência estática e dinâmica, bem como da Segurança Econômica Nacional – será o grande desafio cognitivo-operativo da advocacia pública da concorrência brasileira. Para a advocacia privada da concorrência brasileira tenderá – na condição de contratada para justificar ou contraditar as operações ou investigações – a tarefa de apontar ou refutar as ligações com o controlador estatal geral chinês, ou ofertar mecanismos de apaziguamento das preocupações com os evidentes liames (estratégicos, financeiros, tecnológicos e outros) entre os braços empresariais do Estado chinês. Um outro desafio à advocacia privada brasileira diz com a cultura de captação de clientes, dada a formação arquetípica em torno da cultura estadunidense. O vocabulário da disciplina, a forma de compreender o que seria um “bom advogado de concorrência”, os foros de realização de contatos, os tempos de maturação das relações, a facilidade de compreensão dos principais códigos culturais ou a construção de laços de confiança, por exemplo, estão atualmente formatados pela matriz estadunidense, mas sofrerão, no topo do poder econômico, um forte empuxo em relação à China. Como os principais analistas da ascensão chinesa ressaltam, uma coisa é lidar com os EUA, e outra com a China; outra, ainda bem distinta, é lidar com os EUA em disputa com a China; uma terceira, diferente das duas, será lidar com uma China que superou os EUA, comprovando, para si e para os demais atores, que seus métodos e sua estrutura político-econômica e moral é superior.

A presença dos controles estatais amalgamados, longa e competentemente, na cultura confucionista e comunista, orientada por

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

um longo e sólido pensamento estratégico, abre também uma nova agenda de aprendizado para a prática da advocacia pública e privada da concorrência. Pelo menos dois fenômenos tenderão a ser mais comuns: (i) a utilização “do inimigo do meu inimigo como meu amigo”, em diversos casos de interesse dos conglomerados chineses, podendo trazer um interessante quadro de litigância concorrencial em que se encontra oculto o verdadeiro interessado, ao passo que outros executam seus desígnios, e (ii) uma pressão estrutural por rebaixamento de honorários, aumento das horas trabalhadas e precarização das relações contratante-contratado, padrão que acompanhou toda a ascensão chinesa, em todos os mercados que migraram para seu eixo gravitacional, sem exceção significativa.

I.b. Inteligência Artificial: o que sobrará para o advogado da concorrência?

Diversos ramos da prática da advocacia experimentam uma possibilidade de impactante redução de trabalho humano, com padronizações de produção de peças em contencioso de massa, trabalhistas, cíveis ou administrativos. Para compreender se tal situação pode repetir-se no mercado do direito da concorrência, sugiro um pequeno elenco de quatro questões iniciais: 1. Haverá a internalização de tecnologia inteligente, autorreplicante e inovadora para resolver problemas de direito concorrencial? 2. Quais são os incentivos para que tal ocorra? 3. Quem se beneficia com isso? 4. Quais são os desafios que emergem desse quadro para os advogados de concorrência?

1. A busca por tecnologias de inteligência que possam aumentar a eficiência do manejo de dados e fabricação de soluções já é uma rotina na advocacia da concorrência no mundo, privada ou estatal. Inúmeros escritórios buscam estruturar bancos de dados com inteligência para montar soluções e, na outra ponta, softwares de investigação estão sendo desenvolvidos para rastrear conexões ocultas entre potenciais praticantes de ilícitos concorrenciais e, também, para evidenciar padrões de comportamento monopolista ou colusivo advindo dos próprios

algoritmos. A penetração da inteligência artificial na prática da advocacia da concorrência já é, assim, uma realidade. **2.** O uso de tecnologia que, estruturalmente, tende a substituir força de trabalho humana, é auto-alimentante e há um elemento que parece uma tendência sólida: casos de baixa complexidade na advocacia concorrencial precisarão de menos horas de trabalho sofisticado, pois as autoridades e as próprias empresas concentradas buscarão ter à sua disposição meios informacionais para fazer a testagem e sua demonstração, reduzindo bastante a necessidade de gastos de horas com advogados bem-remunerados. **3.** As autoridades de concorrência (que buscam mecanismos mais robustos e rápidos de checagem de informação econômica), as empresas-clientes envolvidas em concentração (que possuem demanda estrutural e contínua por redução de custos – inclusive os custos com serviços advocatícios –, a fim de ofertar melhor rendimento aos acionistas), e os escritórios interessados em melhorar sua produtividade e o manejo de sua base de dados, tendem, em conjunto e em competição entre si, a incentivar o uso de tecnologia que expele trabalho humano. **4.** Dadas tais premissas, abrem-se alguns cenários, cada qual com seus desafios: (i) no cenário “tempestade de areia no deserto”, tais atores desencadeiam um processo no qual há um aumento significativo do uso de tecnologias que dispensam trabalho humano, trazendo enorme redução do número de horas necessárias e vagas disponíveis; a advocacia privada da concorrência passa a se assemelhar mais e mais a outras práticas massificadas; (ii) no cenário “oásis no deserto”, embora tais processos de internalização de sistemas autônomos existam e ganhem escala, outras variáveis determinam que um núcleo de atividades advocatícias ainda continua a ser relevante, por variadas razões, como, no campo da advocacia plenamente lícita, (a) criatividade para as soluções mais complexas, e (b) a legitimidade intelectual das soluções propostas, e, na “zona cinzenta”, (c) laços mais ou menos ilícitos de profissionais com o poder político, que garantam a aprovação de concentrações ou condutas evidentemente reprováveis; (iii) no cenário “acampamento nômade no deserto”, assiste-se a uma lenta

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

acomodação das tecnologias depauperadoras de trabalho humano com as práticas e cultura contemporâneas, de modo que convivam entre si por bastante tempo, sem apresentar um vetor definido, quer pela eliminação de horas demandadas, quer pela manutenção somente de atividades muito estratégicas e sofisticadas.

Como o CADE poderia contribuir para o desenvolvimento econômico brasileiro? A agenda ESG deveria ser considerada nas decisões do CADE?

Há um problema que não pode ser varrido para debaixo do tapete: como solucionar o dilema de que “o CADE vai bem, mas a economia brasileira vai mal”? Desde a década de 1990, em que o processo de liberalização da economia brasileira ganhou força e forma institucional duradoura, fomos governados por uma macroeconomia da estagnação, cujos resultados mais longevos são a erosão da indústria brasileira, uma espantosa desespecialização produtiva, o aumento da dependência da exportação agrícola, vertiginoso aumento da dívida pública interna, da concentração bancária e uma fragilidade estrutural da moeda brasileira. A comparação no mesmo período de tempo com economias como a da China, Índia e Coreia nos é plenamente desfavorável. A defesa da concorrência tal qual a compreendemos e praticamos, com tanta reverência pela ortodoxia, faz parte desse quadro, dado que (i) entende-se separada e ilhada de preocupações com política industrial, (ii) labuta num quadro cognitivo-operativo de indistinção entre domínio nacional ou não-nacional de tecnologia, e (iii) limita sua concepção de concorrência ao cuidado com o atual (ou atualmente visível) processo concorrencial, num horizonte de tempo muito limitado. Essas três assunções básicas são contrárias ao papel que as principais economias do mundo atribuem à sua política de defesa da concorrência.

China, EUA e países da Europa, como a Alemanha e a Inglaterra, subordinam a política de defesa da concorrência a projetos de desenvolvimento nacional, colocando-a em seu devido lugar, com um pragmatismo impressionante. A política industrial nacional tende a

confeccionar o eixo estruturador a partir do qual serão *criados novos concorrentes*, e, por isso, estamos hoje comprando inúmeros produtos dos campeões nacionais chineses, como a *Huawei*, ou *spin-offs* do Estado empreendedor norte-americano, com seus incontáveis projetos gestados no seio da *Darpa*, do *NIH* e outros órgãos de política industrial. Em toda essa política concorrencial, a preocupação com *o controle nacional sobre as mais sofisticadas tecnologias* sempre foi a preocupação central, e, por isso, órgãos como o *CFIUS* ou a lei de regulação do capital estrangeiro chinesa gerenciam por cima a política de defesa da concorrência, a partir do critério da Segurança Econômica Nacional. A ascensão chinesa e as respostas hiper-protecionistas dos EUA e da Europa instauraram um quadro que demanda uma readequação profunda do material institucional e cognitivo com o qual operamos a política de defesa da concorrência brasileira, para que cumpra, pelo menos, as seguintes funções: (i) a articulação, sob padrões mensuráveis, da política de concorrência à política industrial nacional, (ii) em que figure como central a criação de novos produtos, processos e empresas, sob controle nacional, que empurrem o Brasil para o topo da escala de geração de complexidade econômica – em um movimento plenamente inverso ao ocorrido nas últimas décadas de aplicação da atual disciplina de defesa da concorrência – e (iii) estenda consideravelmente sua linha do tempo, incorporando critérios de concorrência dinâmica, a fim de reorientar as políticas de descentralização do crédito, do saber e da sobrevivência em mercado, condições sem as quais a política de defesa da concorrência é meramente reativa e reprodutora de nossa posição subalterna na divisão social internacional do trabalho. Desse ponto de vista, a “agenda ESG” apresenta-se bastante tímida como horizonte heurístico, embora possa apresentar alguma relevância, principalmente se forem criados critérios jurídicos, na disciplina da concorrência, de fortalecimento de inovação tecnológica em negócios sustentáveis, responsáveis por resolver problemas hídricos, florestais ou alimentares.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Na opinião do senhor, quais serão as três características e qualidades essenciais do/a profissional ou acadêmico/a antitruste do futuro? Por quê?

Para os advogados do mercado privado: (a) captar a transição para o mundo sino-cêntrico, porque os conglomerados estatais chineses tendem a assumir, em futuro próximo, a posição de principais compradores; (b) buscar aparelhar-se para o cenário “oásis no deserto” acima delineado, porque a criatividade e a excelência técnica tendem a ser uma das poucas barreiras contra o avanço dos sistemas autônomos e inteligentes; e (c) o de sempre, em todas as épocas: estudar e trabalhar muito. Para os advogados do Estado, defensores do interesse nacional brasileiro: (a) captar e enfrentar a transição para o mundo sino-cêntrico, tendo como objetivo o desenvolvimento de concorrentes brasileiros, que gerem complexidade econômica consumida mundialmente, porque essa é a base de qualquer economia pujante do mundo; (b) libertar-se da camisa de força dos preconceitos neoclássicos e antinacionais, que, nas economias mais centrais, são sempre subordinados ao desenvolvimento nacional; e (c) o de sempre, em todas as épocas de grandes reformas institucionais: estudar e trabalhar muito, apaixonadamente, por seu país e seu povo, sem colonialismo mental de qualquer espécie, porque esse é caminho do engrandecimento coletivo.

ALEXANDRE BARRETO

Conte-nos um pouco da sua visão sobre o papel do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) na sociedade brasileira. Quais são os principais desafios do CADE na análise de casos de grande repercussão econômica e social?

A atuação do CADE na defesa da concorrência é fundamental. Este fato é notado não só pela imprescindível missão institucional da autarquia na política pública de Defesa da Concorrência, correspondente à promoção de um ambiente concorrencialmente saudável, como também a partir dos impactos reverberados nas empresas e nos consumidores, fatores que são primordiais pontos de atenção observados pela autarquia.

Sob uma perspectiva histórica do CADE, desde 1962, passamos por grandes marcos, como a transformação do CADE em Autarquia a partir da Lei 8.884/94 e a estruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”), advindo da Lei 12.529/11 (“Lei de Defesa da Concorrência”).

Diante desse contexto, percebe-se um crescente aumento da atuação e relevância do CADE no *enforcement* do Direito Antitruste e na economia do país de forma geral. Hoje, nota-se, em um grau consideravelmente maior do que em anos antecedentes, a essencialidade do CADE no cenário econômico nacional.

Isso se deve pelo fato de a Autarquia não apenas zelar por mercados mais competitivos e promover um ambiente concorrencialmente mais saudável, como também instrumentalizar e concretizar incentivos aos investimentos, garantias de segurança jurídica e benefícios à economia e à sociedade de maneira geral, especialmente ao consumidor.

Nessa linha, entende-se que o grande desafio percebido, de fundamental endereçamento, é internalizar e conscientizar sobre a

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

importância que o CADE tem em relação a efetividade e a eficiência de sua atuação correspondente como implementador de políticas públicas. O CADE, em sua missão institucional, deve entregar ao jurisdicionado um ambiente competitivo saudável e, para tanto, sua atuação deve ser assertiva e ágil, a fim de proporcionar segurança na aplicação dos instrumentos da sua Lei.

Nesse sentido, em relação ao primeiro parâmetro, percebe-se a necessidade de se proporcionar segurança ao aplicar a Lei 12.529/11 e fornecer respostas concretas para os problemas que se apresentam cotidianamente na Autarquia.

Já a segunda faz referência ao tempo de resposta do CADE. Este deve ser o mais adequado e ágil possível, tendo em vista que a Instituição não pode ser um elemento dificultador para a economia nacional. O CADE deve funcionar como uma engrenagem que funcione muito bem adaptada e muito bem azeitada, a fim de permitir que a economia gire bem e que o mercado possa ter maior grau de segurança na tomada de decisões.

Considerando sua experiência no CADE, quais foram os principais desafios que o Sr. enfrentou enquanto Presidente da Autarquia (2017-2021)? E agora como Superintendente-Geral (2022-2024)?

No período em que tive a honra de assumir a presidência do CADE, considero que os principais desafios estão compreendidos por: (i) dotar o CADE de recursos estruturais suficientes para permitir o cumprimento de sua missão institucional, (ii) criar formas operacionais e institucionais com o objetivo de proporcionar o cumprimento da missão a que o CADE se propõe, (iii) promover o protagonismo do CADE no ambiente internacional e (iv) proporcionar autonomia gerencial e financeira.

Quando cheguei na Autarquia, havia carência de uma estrutura física, tanto com relação aos servidores quanto ao orçamento. Um grande passo em que pude contribuir foi elevar a estrutura do CADE para o

dobro do orçamento e o dobro de servidores; reforçando, assim, a importância que sempre observei na Instituição. Afinal, apresentamos jurisdição em todo o território nacional, com sede apenas em Brasília, fato que representa um desafio muito presente nas atividades logísticas, administrativas e finalísticas.

Na linha de dotar o CADE de recursos suficientes para permitir o cumprimento de sua missão institucional, foi fundamental proporcionar maior autonomia administrativa para a estrutura do CADE, o qual necessitava de um patamar orçamentário e quadro de pessoal adequados às necessidades do ambiente concorrencial.

Dentre esses desafios como presidente da Autarquia, vale ressaltar a observância de necessidades que o CADE apresentava. Entre elas, é possível citar: estabelecer uma estruturação da Autarquia para que essa possua instrumentos e recursos a fim de aprimorar sua atuação; fornecer autonomia e orçamentos, colaboradores, processos de trabalho; e possibilitar a criação de pontes com outras instituições da Administração Pública e com entes privados, por meio da formalização de acordos de cooperação com outros órgãos, de discussões com os setores da economia e de estratégias de *advocacy*, mantendo a promoção de políticas pró-competitivas.

Já na Superintendência-Geral, pode-se notar que os principais desafios travados até o momento consistem em manter uma atuação técnica que sempre muito bem caracterizou a SG, e, ao mesmo tempo, reduzir o tempo de apreciação e análise de Atos de Concentração e Processos Administrativos, gerindo, assim, uma demanda enorme com recursos limitados, atuando com prioridades e exercendo o trabalho de forma firme, técnica e eficiente, tendo em mente que o mercado sempre visualiza o tempo célere como algo extremamente relevante.

Quais são os principais desafios na condução das investigações, desde as buscas e apreensões até a análise dos processos, que tramitam na Superintendência-Geral? Como o Sr. vislumbra superá-los?

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Diante da contínua experiência na Autarquia, percebe-se que um dos grandes desafios travados frente à condução de investigações é saber dosar e utilizar, embasado no equilíbrio, as ferramentas que estão à disposição dos servidores.

Apesar do movimento mundial de uma diminuição de acordos de leniência, ainda temos no CADE acordos (Leniência e Termos de Compromisso de Cessação) como instrumentos de muita importância na obtenção de evidências que permitem a eficiente condução das investigações e, conseqüente, a instrução de processos.

Ressalta-se que, apesar da notória relevância dos instrumentos acima mencionados, não se exclui a possibilidade e necessidade de se utilizar de outros instrumentos à disposição para o auxílio nas atividades investigativas do CADE. Dessa forma, percebe-se a pulsante demanda por investimentos maciços em ferramentas de *screening* e *datamining*, como é o exemplo do Projeto Cérebro, que tem sido brilhantemente projetado e aprimorado pelos servidores da autarquia.

Nessa linha, também vale mencionar as atuações em parceria com o Ministério Público, cuja relevância e primordialidade foram ressaltadas no Seminário “A Cooperação Jurídica na Investigação e Combate aos Cartéis”, que ocorreu em agosto deste ano.

Portanto, voltar a atenção da Superintendência-Geral e da Instituição como um todo nessas duas frentes se demonstra um investimento válido e necessário para esse tipo de atuação.

Vale mencionar que se abre a oportunidade de um aumento na investigação de condutas unilaterais, seguindo uma onda mundial. Na linha da chamada “nova onda do antitruste”, temos procurado, nessa gestão, aplicar mais esforços em investigações de condutas unilaterais, fato que remete a desafios diários, consideravelmente diferentes dos que são conhecidos em investigações de condutas coordenadas. Assim, tornaram-se necessários a utilização de ferramentas econômicas e um esforço para entender determinados mercados, de modo a possibilitar a

avaliação correta das condutas que são trazidas ao CADE ou são objeto de aferição por parte da Instituição.

ALEXANDRE CORDEIRO

O Sr. foi Superintendente-Geral do Cade e, atualmente, ocupa o cargo de Presidente da autarquia. Qual a sua percepção da política de acordos (TCCs, Leniência e ACCs) para o desenvolvimento do antitruste brasileiro?

A política de acordos do Cade é muito robusta e importante para o controle de condutas realizado pelo Cade - esse é um assunto tratado com muita atenção e cuidado dentro da Autarquia. Desde a sua implementação, pioneira no ordenamento jurídico brasileiro, ela vem sendo nacionalmente reconhecida como uma política exitosa e que serviu de base para outros programas importantes na esfera de combate à corrupção e na persecução a organizações criminosas – nesse sentido, é cediço que o Acordo de Leniência do Cade serviu de inspiração para demais Acordos de Leniência previstos em outras legislações.

Nossa política de acordos foi e é de extrema importância para o desenvolvimento do antitruste brasileiro, por diversas razões. Primeiro porque ela impulsionou a detecção de cartéis, que, como todos sabem, são ilícitos naturalmente de difícil detecção. Segundo porque ela alavanca consideravelmente nossa obtenção de provas, necessárias para a caracterização e repressão de tais ilícitos. Terceiro porque ela possui um fator dissuasório inerente à sua própria sistemática, vez que cartéis dependem de um alinhamento constante entre concorrentes e o “temor” de que um dos agentes envolvidos celebre um acordo com o Cade enfraquece toda a dinâmica cartelista. Ademais, ela promove a cessação da infração (para o Cade, entendo a cessação da conduta ilícita como principal consequência a ser almejada), a sanção de infratores que poderiam não ter sido identificados numa investigação sem colaboração e até mesmo contribui na reparação e ressarcimento de danos concorrenciais. Notadamente, a política de acordos torna nossa atividade investigativa muito mais eficiente e efetiva.

Mas é claro que, para essa política funcionar, precisam haver incentivos de ambos os lados. O programa, para que se sustente, exige um esforço constante para manter de pé os pilares da transparência, segurança jurídica e previsibilidade para os negociantes. Da mesma forma, o Cade deve ter uma atuação enfática, no sentido de que os agentes de mercado devem enxergar, de fato, um alto risco de detecção das práticas ilícitas para que se sintam impelidos a celebrar acordos com a autoridade, bem como o receio de punições severas – desse modo, em se tratando de Acordo de Leniência, por exemplo, a Autarquia deve sempre defender para que a regra de ouro da Leniência seja protegida em decisões posteriores à assinatura do acordo. De outro lado, os indivíduos que resolvem celebrar acordos devem cumprir uma série de requisitos, trazendo provas contundentes e colaborando efetivamente ao longo de todo o processo, bem como fazendo a confissão da conduta ou prática de possível conduta anticompetitiva e comprometendo-se a cessar a prática.

Apesar do que se fala sobre uma tendência de queda no número de acordos de leniência firmados a nível global, o Brasil caminhou por um bom tempo na contramão dessa tendência, sobretudo por conta das investigações relacionadas à Operação Lava Jato. Nossos dados mostram que o programa continua recebendo propostas, o que é um sinalizador de que o mercado atribui previsibilidade e segurança ao nosso programa. Importante destacar que há uma cooperação institucional muito boa com o MP nesse ponto, uma vez que todos os nossos Acordos de Leniência sempre tiveram a assinatura do MP ao lado do Cade para que se efetive, além do benefício administrativo concorrencial, o benefício criminal da Leniência.

Mas é claro que a eficiência do nosso programa e nosso saldo positivo não são tidos como garantidos, pois isso requer um trabalho árduo e constante. O diálogo e o alinhamento entre a SG e o Tribunal são um dos sinalizadores importantes para a efetividade do programa, vez que os acordos são, na maior parte das vezes, negociados com a SG e homologados pelo Tribunal – havendo a possibilidade de negociação de TCCs diretamente no âmbito do Tribunal. Além disso, as multas

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

aplicadas pelo Tribunal no julgamento de processos administrativos possuem imenso impacto sobre as negociações, especialmente no caso de TCCs, em que a multa esperada determina o valor da contribuição pecuniária negociada.

Em suma, os programas de leniência e TCCs do Cade são de suma importância para a detecção das práticas ilícitas, para a atividade instrutória do Cade e, principalmente, para a cessação das condutas anticompetitivas. Para que tais programas continuem tendo o impacto e a relevância necessários, o Cade deve sempre manter atento aos pilares da transparência e segurança jurídica, bem como redobrar sua atenção em relação à exposição dos signatários a outras esferas de poder e ao *private enforcement* das Ações Reparatórias de Danos Concorrenciais – aspecto este último que deve ser fortalecido com a entrada em vigor do PL 11.275/2018, o qual modificará, pela primeira vez, desde a sua entrada em vigor, a Lei 12.529/11.

No que diz respeito aos Acordos em Controle de Concentração (ACCs), trata-se de mais um mecanismo que depende de um diálogo bastante franco e aberto entre o Cade e as partes envolvidas em uma Operação. A celebração de ACCs depende de um juízo de conveniência e oportunidade por parte do Cade, mas certamente é a opção mais interessante para endereçar problemas concorrenciais identificados em atos de concentração e que possam prejudicar a sua consumação sem que seja necessária a reprovação da Operação. Nesse sentido, apesar de haver a possibilidade de que o Cade estabeleça remédios de forma unilateral ou até mesmo que reprove a operação integralmente, observa-se que, na maior parte das vezes, o Cade busca a solução pelo diálogo com as requerentes em ACs, endereçando suas preocupações pela via de acordos.

A via dos ACCs como mais uma forma de se celebrar acordos com o Cade consiste, portanto, em mais um aspecto que destaca a atuação muito próxima e transparente da Autarquia em relação aos agentes de mercado que serão afetados por suas decisões. Ao final, vale sempre destacar que o diálogo claro e transparente entre os agentes

envolvidos e a autoridade antitruste é sempre um dos principais aspectos para que sejam alcançados os objetivos da política de acordos do Cade e, também, lembrar que o Cade não apresenta como objetivo impor dificuldades aos agentes econômicos, mas unicamente zelar por um ambiente de forte e livre concorrência em todos os mercados.

Como o Sr. descreveria as diferenças entre os cargos de Superintendente-Geral e Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”)? Há ganhos de aprendizagem no exercício das duas funções? Como essas experiências contribuem para sua visão do CADE e atuação à frente da Autarquia?

A Superintendência-Geral do Cade, na instrução e emissão de Notas Técnicas, realiza um trabalho minucioso de investigação e análise, que passa por coordenações de análise antitruste, cada qual especializada em uma área temática, compostas por um corpo técnico altamente capacitado. Cabe ao Superintendente-Geral (entre tantas outras atribuições), direcionar e proferir a decisão final sobre qual será o posicionamento da Superintendência-Geral nos casos concretos, dentre outras importantes atribuições.

Note que me preocupei em trazer uma brevíssima explicação de como funciona a Superintendência-Geral para demonstrar que o cargo de Superintendente-Geral não é e jamais poderá ser exercido em caráter isolado. O trabalho na SG passa por um esforço contínuo de coordenação. Esse aprendizado foi muito importante para meu exercício na Presidência que, apesar de ter uma sistemática extremamente diferente, existe uma capacidade de diálogo e gestão muito grande.

Muitos dos processos que passam pelo crivo do Superintendente-Geral são levados à análise do Tribunal do Cade, composto por seis conselheiros e pelo Presidente, sendo processos, em sua grande maioria, de altíssima complexidade, uma vez que os processos de menor complexidade, normalmente, são finalizados com decisões terminativas na SG. Na Presidência, é desenvolvido um

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

trabalho de continuidade em relação ao que é desenvolvido na Superintendência, considerando-se toda a tecnicidade e profundidade com que o caso lá é analisado, mas procurando sempre robustecer a análise e endereçar eventuais pontos controversos. O que se nota é que existe no Cade uma estrutura de freios e contrapesos que contribui para a análise final mais coerente possível e sempre em prol da defesa da concorrência e dos interesses dos consumidores (nesse sentido, a possibilidade das avocações dos processos com decisões terminativas tomadas na SG cria uma estrutura de incentivo em que obriga que o Superintendente-Geral sempre faça o melhor trabalho possível para que o seu caso não seja rediscutido pelo Tribunal). Ademais, ressalta-se a independência que os membros do Plenário têm em relação às conclusões da SG nos casos concretos, ainda que entendo ser interessante e de extrema importância um diálogo franco e aberto entre SG e Tribunal com o intuito sempre de dirimir os problemas concorrenciais dos casos concretos.

Desse modo, os esforços envidados por aquele que ocupa, seja a posição de Superintendente-Geral, seja a de Presidente do Cade devem ser desenvolvidos em caráter de simbiose e de continuidade. Afinal, as metas a serem cumpridas permanecem: o direcionamento do Cade continua sendo o mesmo, assim como o compromisso com as políticas públicas e com a defesa da concorrência. Realça-se também que a Lei 12.529/11 atribuiu, tanto para o Plenário do Cade (art. 9º, I), quanto à Superintendência-Geral (art. 13, I), zelar pelo cumprimento da Lei e a defesa da livre-concorrência. Assim sendo, a oportunidade de ter exercido o cargo de Superintendente-Geral e, atualmente, o de Presidente do Cade me permitiu, e ainda me permite, levar como aprendizado o fato de que a Autarquia é uma instituição que funciona sob um fluxo de trabalho pautado na excelência, no qual cabe ao dirigente (seja qual for a sua posição) dar seguimento a esse fluxo sem atrapalhar a azeitada máquina construída pelo Cade ao longo dos últimos anos – lembrando que o Cade é uma instituição só formado por três órgãos conforme o art. 5º da Lei.

Penso que com o mercado não se brinca e, mesmo diante de um quadro de pessoal e de orçamento limitados, pude perceber, tanto quando exerci o cargo de Superintendente-Geral, quanto na atual posição de Presidente da Autarquia, que toda a Autarquia trabalha pautada em uma atuação cada vez mais transparente e técnica, buscando zelar pela segurança jurídica, pelo bem-estar do consumidor, assim como por um ambiente de negócios mais amigável e competitivo.

Quais serão os principais desafios do CADE nos próximos anos em termos de *enforcement* concorrencial? Quais iniciativas o CADE vem adotando para informatizar e automatizar seus processos de análise concorrencial?

As inovações e avanços tecnológicos são, sem dúvidas, um dos grandes desafios para o mundo jurídico, que se vê impelido a acompanhar as transformações da sociedade, mas não dispõe de meios e recursos suficientes para acompanhá-las no ritmo em que se impõem. As rupturas causadas pelas tecnologias emergentes demandam mudanças normativas e atuações diferenciadas por parte dos órgãos reguladores, gerando uma relação certamente desafiadora, porém inevitável.

Na seara concorrencial, tais transformações têm impacto ainda mais evidente, vez que a atividade econômica como um todo é fortemente marcada pelo emprego de tecnologias. A mudança destas necessariamente acarreta em mudanças na economia, de modo que deve a autoridade antitruste se manter atualizada e garantir o domínio de ferramentas que permitam respostas adequadas e eficientes frente a tais mudanças.

É natural o receio por parte de agentes da defesa da concorrência de que, com o advento de tecnologias disruptivas, a atuação antitruste seja falha, não vindo a solucionar efetivamente demandas do mercado. Sem o amparo de jurisprudência apontando em um ou outro sentido, as autoridades de defesa da concorrência devem contar com outros mecanismos não apenas para garantir o *enforcement* das leis

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

concorrenciais, como também as ferramentas corretas para executar a função investigativa da autarquia.

As mudanças trazidas por inovações tecnológicas, bem como a nova realidade de economia digital impõem ao CADE a necessidade de aprimorar seus recursos e se reinventar constantemente com vistas a tutelar adequadamente os diversos mercados. Nesse sentido, o Cade investe consideravelmente em novas tecnologias e desenvolve estudos aprofundados sobre temas atuais, de modo a não apenas combater os ilícitos concorrenciais, como também a prevenir danos à economia de modo geral. Isso porque, muitas vezes, os possíveis danos causados pelas novas tecnologias são imprevisíveis, constituindo as mudanças econômicas derivadas de tecnologias emergentes um desafio ao *enforcement*.

A temática das plataformas digitais, por exemplo, é um dos grandes e mais debatidos temas na esfera do antitruste nos últimos anos. Atualmente, já existe no Cade uma série de julgados referentes a plataformas digitais, como o caso da Uber e da plataforma iFood. Com efeito, para além dos novos recursos e estudos que vêm sendo desenvolvidos, como o Guia de Mercados de Plataformas Digitais de agosto/2021, a Autarquia brasileira ainda busca acompanhar a jurisprudência e a doutrina internacional, aproveitando-se de experiências estrangeiras em julgamentos de grandes empresas de tecnologia para tomar decisões mais estratégicas, com as devidas adaptações para o contexto fático brasileiro, é claro.

Nesse contexto, vale também ressaltar o aumento no número de operações notificadas ao Cade, que tem aumentado significativamente nos últimos anos. Em 2021, por exemplo, foram 611 (seiscentas e onze) operações analisadas pela Autarquia e um tempo médio de análise de 33,1 dias. Ou seja, a despeito do aumento de operações analisadas, o tempo médio para análise se manteve baixo. Não obstante, o aumento de processos analisados pelo Cade implica em desafios frente às limitações de recursos e de pessoal da Autarquia.

Visando combater tais problemas, o Cade vem buscando desenvolver soluções tecnológicas que auxiliem tanto na função preventiva quanto na repressiva. Um dos grandes exemplos de ferramentas desenvolvidas pelo Cade para aplicação de inteligência artificial no âmbito de investigações e instrução de processos, é o chamado “Projeto Cérebro”, ferramenta que consegue identificar e mapear comportamentos atípicos por meio de bases de dados. Inicialmente, o projeto foi pensado para auxiliar na detecção de potenciais cartéis em licitações, mas com o desenvolvimento do sistema ele passou a ser utilizado também para mineração de dados importantes na instrução de Atos de Concentração. Essa é uma demonstração clara e prática de que o Cade vem se empenhando na utilização e desenvolvimento de ferramentas e inovações tecnológicas para o exercício de sua função de zelar pela ordem econômica. Assim, a atividade do Cade torna-se mais eficiente e adaptada aos desafios contemporâneos.

Ademais, tem-se ainda a cooperação multijurisdicional como uma ferramenta valiosa para o Cade no que tange às operações internacionais, bem como a cooperação entre agências reguladoras, especialmente em casos envolvendo setores regulados. Dado que cada agência possui uma expertise distinta, é interessante que haja interlocução, de modo que haja compartilhamento de dados e conhecimento. Essa é outra frente na qual o Cade se empenha fortemente, buscando a articulação com diferentes órgãos da Administração Pública e agências reguladoras por meio de diversos Acordos de Cooperação Técnica (ACTs) celebrados.

Assim, a despeito dos problemas e desafios que o Cade identifica para a aplicação *enforcement* concorrencial, é certo que estamos constantemente trabalhando no desenvolvimento e adaptação de métodos e tecnologias que favoreçam a atuação efetiva da Autarquia no desempenho de seus papéis precípuos e tão importantes para o desenvolvimento econômico brasileiro.

AMANDA ATHAYDE

Na sua visão, qual será o futuro da prática concorrencial, sob a ótica da advocacia e sob a ótica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”)?

Acredito que o direito da concorrência no Brasil possa ser apresentado em três ondas principais.¹ Se inicialmente era voltado para atos de concentração (primeira onda), atualmente centra-se em investigação de condutas coordenadas (segunda onda). O futuro mais desafiador para a prática concorrencial (terceira onda) se dará nas investigações de condutas unilaterais, que demandam maior sofisticação teórica e argumentativa de ambas as partes, advogados/economistas e CADE – em especial em mercados digitais². Registre-se que esse desafio se faz presente também nas análises de possíveis efeitos unilaterais em sede de atos de concentração, em especial naquelas operações verticais e conglomerados.³

Em paralelo a esta terceira onda, entendo que há outros desafios a serem enfrentados em áreas que tangenciam o direito concorrencial, como se fossem a areia que circunscreve as ondas do mar do antitruste. As ações privadas de ressarcimento por danos concorrenciais têm

¹ ATHAYDE, Amanda. As três ondas do antitruste no Brasil. Portal Jota, 1 Nov. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-ondas-do-antitruste-no-brasil-01112017>>. ATHAYDE, Amanda; JACOBS, Patricia. A terceira 'onda' do antitruste no Brasil: marolinha ou tsunami? Consultor Jurídico Conjur, 1 março 2021. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-mar-01/athayde-jacobs-terceira-onda-antitruste-brasil>>.

² FONSECA, Marco Antônio. O direito antitruste na era digital: desafios e perspectivas do direito concorrencial em face dos descompassos instrumentais e teóricos frente à economia digital. Dissertação de Mestrado. UnB, 2022.

³ IANELLI, Vivian Salomão. Análise empírica dos Atos de Concentrações verticais: como o Cade tem endereçado os efeitos unilaterais e coordenados em seus julgados? Monografia. UnB, 2019.

potencial de se tornarem um forte vetor de demandas, em especial diante do avanço na tramitação do Projeto de Lei 11.275/2018.⁴

Ademais, alguns dos desafios já existentes, como a cooperação interinstitucional com outras autoridades públicas permanece, em especial diante das mudanças nas investigações anticorrupção⁵ e de investigações múltiplas⁶, exigindo diálogo dos advogados e economistas antitruste com CGU, AGU, TCU, BC, CVM, RFB, além das cooperações internacionais. Resta avançar, ainda, na cooperação *intrainstitucional*, cujas repercussões ao Programa de Leniência e de TCC do Cade ainda não parecem ter atraído a devida atenção.⁷

Por fim, menciono as interfaces entre o direito concorrencial e outras áreas que se mostram cada vez mais evidentes, como por exemplo com os temas de gênero,⁸ direito do trabalho,⁹ meio ambiente, direitos

⁴ ROCHA E SILVA, Leonardo. ATHAYDE, Amanda. FERREIRA, Jackson. Reparação de danos concorrenciais e a política pública de acordos com o Cade. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jul-19/opinio-danos-concorrenciais-politica-publica-cade>>.

⁵ ATHAYDE, Amanda. BUAIZ NETO, José Alexandre. REBELLO, Daniel Costa. SOBRINHO, Camila. FERNANDES, Luana Graziela Alves. Novos ventos no combate à corrupção no Brasil

O que há de novo no Decreto Federal nº 11.129/2022, que regulamenta a Lei Anticorrupção? Portal Jota, 13 de julho de 2022. Disponível em: <<https://www.jota.info/opinio-e-analise/artigos/novos-ventos-no-combate-a-corrupcao-no-brasil-13072022>>.

⁶ ATHAYDE, Amanda; PIAZERA, Bruna; FREITAS, João Victor; ROS, Luiz; CRAVEIRO, Priscila. Doing the Math of Cartels: Unpuzzling Organized Corporate Crimes. SSRN. Maio 2022.

⁷ ATHAYDE, Amanda. Manual dos Acordos de Leniência no Brasil – Teoria e Prática. Fórum: Belo Horizonte, 2021.

⁸ ATHAYDE, Amanda; PICCOLI, Mariana. Gênero e Antitruste: O fenômeno poliédrico da discriminação por gênero e seus impactos na defesa da concorrência Portal Jota, 25 fevereiro 2021.

⁹ ATHAYDE, Amanda. DOMINGUES, Juliana Oliveira. SOUZA, Nayara Mendonça Silva. 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. Junho 2022. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/issue/view/49>>. E também: ATHAYDE, Amanda; DOMINGUES, Juliana. MENDONÇA, Nayara. O

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

humanos, comércio internacional¹⁰. Tais discussões me parecem que tenderão a atrair muitas das discussões teóricas e concretas sobre o futuro do direito antitruste no mundo e no Brasil.

Desde o início da vigência da Lei nº 12.529/2011, quais foram os principais avanços no instituto de acordos de leniência? Qual foi a importância desse instituto para os casos analisados pelo CADE? Diria que aumentou a rigidez do CADE para firmar acordos de leniência com empresas interessadas? Isto é, ocorreu um aumento no rigor de exigência para eventuais provas trazidas pelos lenientes? Quais foram os principais desafios que a Sra. enfrentou à frente de negociações de acordos de leniência? Pode-se dizer que o instituto da leniência pós lava jato está em declínio?

Entendo que os principais avanços realizados pelo Cade em seu Programa de Leniência dizem respeito aos seus três pilares essenciais¹¹,

improvável encontro do direito trabalhista com o direito antitruste, Revista do Ibrac, 2018. Vencedor do 3o lugar no Prêmio Ibrac-TIM. Disponível em: <https://www.amandaathayde.com.br/_files/ugd/62c611_a8bbe171c37c47d4833a3d2063b6e161.pdf>.

¹⁰ ATHAYDE, Amanda. SEGALOVICH, Daniel. ANDRADE, Gabriel. Novos temperos no direito do comércio internacional e no direito da concorrência: interfaces, obstáculos e ressignificados. in. ATHAYDE, Amanda; SEGALOVICH, Daniel. ANDRADE, Gabriel. (Orgs). Comércio Internacional e Concorrência: Desafios e Perspectivas Atuais - Volume IV. Brasília: Faculdade de Direito – UnB, 2022. Ver também: ATHAYDE, Amanda; CINTRA DE MELO, Lílian. Economia, mercado e pressões globais: comércio internacional e concorrência. Portal Jota, 26 de agosto de 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/elas-no-jota/economia-mercado-e-pessoes-globais-comercio-internacional-e-concorrenca-26082021>>. E também: ATHAYDE, Amanda. BOAVENTURA, Elisa. Novos temperos no direito do comércio internacional e no direito da concorrência: interfaces, obstáculos e ressignificados. in. TIMM, Luciano B. FRANÇA, Maria Carolina (Orgs). A nova regulação econômica. São Paulo: 1a ed., 2022. pp. 17-58.

¹¹ ATHAYDE, Amanda. Manual dos Acordos de Leniência no Brasil – Teoria e Prática. Fórum: Belo Horizonte, 2021. “Para que se elabore uma Teoria Geral dos acordos de leniência no Brasil, é necessário responder a duas perguntas gerais: o que justifica a instituição de um programa de leniência? Ou seja, por que as autoridades públicas abrem mão de eventualmente punir empresas e indivíduos para conceder

que são as razões pelas quais os colaboradores procuram uma autoridade pública para negociar um acordo. É uma pergunta “para fora” da autoridade pública então, voltada para o agente infrator, sobre as condições necessárias para que este infrator procure a autoridade pública para negociar um acordo de leniência. Assim, a meu ver, o Programa de Leniência Antitruste brasileiro conseguiu, ao longo dos anos, firmar os três pilares necessários para a estruturação de um programa de leniência efetivo: (i) alto risco de detecção da prática; (ii) receio de severas punições e (iii) transparência, previsibilidade e segurança jurídica.

Quanto ao pilar do (i) alto risco de detecção da prática, o Cade foi capaz de investigar não apenas por métodos reativos, mas também por métodos proativos, como evidenciado, por exemplo, pelo desenvolvimento do Projeto Cérebro. Por sua vez, quanto ao pilar do (ii) receio de severas punições, o Cade ao longo dos anos julgou relevantes processos administrativos de condutas anticompetitivas, tanto sobre práticas privadas quanto a cartéis públicos, tendo aplicado sanções, sobretudo de multa, bastante significativas – restando ainda avançar sobre o tema de penas antitruste não pecuniárias¹². Ademais, quanto (iii) transparência, previsibilidade e segurança jurídica, saliento em especial a publicação do Guia dos Acordos de Leniência no Cade. Apesar de parecer, a princípio, algo trivial, quando de sua primeira publicação foi um marco no aumento da compreensão dos acordos do Cade, além de ter servido de base para uma série de discussões em outros acordos de leniência no Brasil.

Quanto à importância dos Acordos para os casos, importante destacar que dados recentes indicam que o Cade declarou o cumprimento dos Acordos de Leniência assinados em 100% dos casos, e que houve uma taxa de sucesso nas investigações de 66%, o que sinaliza ser este

benefícios a um (ou a parte) dos infratores por meio da celebração de um acordo de leniência? É uma pergunta, portanto, “para dentro” da autoridade pública, que diz respeito às funções esperadas do instrumento.

¹² *In*. Sanções não pecuniárias no antitruste. ATHAYDE, Amanda. (Org). São Paulo: Singular, 2022.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

instrumento relevante para a persecução a cartéis no Brasil.¹³ Especificamente quanto a cartéis internacionais, embora Acordos de Leniência não acarretem necessariamente a condenação do cartel investigado, jamais houve, ao longo da série histórica, qualquer condenação, quer parcial, quer total, sem a sua celebração.¹⁴ Esses dados parecem sugerir, assim, um amadurecimento institucional do Cade em termos do aumento das exigências de colaboração e de apresentação de provas ao longo da negociação do acordo.

Após o aumento substancial das propostas e de assinaturas de Acordo de Leniência durante o período da Lava-Jato, entendo que as negociações e assinaturas tenham voltado ao seu patamar padrão, de modo que os números de casos no Brasil não parecem sinalizar, pelo menos até o presente momento, qualquer declínio em seu uso e em sua utilidade institucional.

A agenda de garantir um ambiente competitivo e um desenvolvimento sustentável, social e com governança está na pauta do CADE?

Apesar de não ser uma pauta direta do CADE, essa é uma pauta do direito da concorrência ao redor do mundo, razão pela qual essas discussões devem alcançar, mais cedo ou mais tarde, casos concretos no Brasil. Temas como a cooperação entre concorrentes para finalidades sustentáveis, a existência de eficiências da operação resultantes de resultados ambientais, sociais e de governança tendem a aparecer de modo cada vez mais recorrentes no futuro, em especial diante dos influxos que esses temas têm sido apresentados no direito societário.

¹³ CRAVEIRO, Priscila. Uma régua na leniência antitruste: as taxas de sucesso e de declaração de cumprimento como medidas de efetividade do Programa de Leniência do Cade. Revista do IBRAC, São Paulo, v. 26, n. 1, p. 219-245, 2021.

¹⁴ SEGALOVISH, Daniel. Leniência antitruste para cartéis internacionais: o desempenho do programa brasileiro em regulamentação, cooperação e persecução. Monografia, UnB, 2022.

Assim, considerando que os agentes econômicos são impactados diretamente por essas discussões quando da definição de suas estratégias comerciais, de suas estratégias societárias com acionistas, com suas reflexões tomadas com administradores, naturalmente haverá repercussões no direito da concorrência. O que resta, portanto, é avaliar qual será a postura do Cade: a tradicional e atual, de relutância em aceitar tal influxo, ou uma mais aberta ao diálogo e à identificação de impactos.

ANA FRAZÃO

Na sua visão, qual será o futuro da prática concorrencial, sob a ótica da advocacia e sob a ótica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”)?

É sempre difícil fazer projeções, mas eu acredito que o Antitruste será bem diferente nos próximos anos por diversas razões. A primeira delas é o fato de que a base econômica sobre a qual o Antitruste atual se erigiu – oferecida pela Escola de Chicago – além de ter sido sempre descolada da realidade, hoje se mostra claramente ultrapassada e incompatível com os desafios que a regulação dos mercados exige.

Conseqüentemente, por mais que várias das premissas de Chicago continuem a nos assombrar, como verdadeiras *zombie ideas*, para me utilizar da expressão de Paul Krugman¹⁵, torço para que estas estejam mortas e enterradas ao longo dos próximos anos. Afinal, por mais que haja muito dinheiro para financiar a permanência das premissas de Chicago, já que “mercado de ideias” se movimenta para conter qualquer avanço do Antitruste, as evidências haverão que prevalecer em algum momento.

De fato, já se tem número considerável de evidências que mostram os equívocos dos diagnósticos e projeções da teoria neoclássica. Já é robusto o corpo de pesquisa empírica que mostra o quanto grandes concentrações de poder econômico, longe de estarem apresentando as eficiências e a melhoria do bem estar do consumidor que as justificariam, estão, na verdade, contribuindo para o aumento de preços e margens, para a degradação do consumidor, para o achatamento de salários e perda de direitos por parte dos trabalhadores, para o aumento da desigualdade, para a diminuição do ritmo de inovação, dentre outros efeitos preocupantes.

¹⁵ KRUGMAN, Paul. *Arguing with zombies. Economics, Politics, and the Fight for a Better Future*. New York, W.W. Norton & Company, 2020.

Penso que haverá, portanto, maior abertura e expansão da análise antitruste, a fim de incorporar, dentro do possível, tais preocupações, restabelecendo o necessário diálogo entre poder econômico e poder político e resgatando o compromisso do Direito Antitruste com a preservação da democracia.

Também acredito que a questão da concentração de poder econômico será revista. Aliás, não é demais lembrar que, em seus desenvolvimentos iniciais, a própria Escola de Chicago tinha muitas preocupações com os monopólios privados, postura que foi alterada somente depois, quando o seu foco se direcionou apenas contra o agigantamento do poder público. Entretanto, como bem ensinam Acemoglu e Robinson¹⁶, a tirania privada pode ser tão ruim – ou até pior – do que a tirania pública, até por não ter nenhum tipo de *accountability*.

Acresce que a experiência prática também vem mostrando as dificuldades operacionais de lidar com análises antitruste cada vez mais complexas, custosas e longas, o que reacende a discussão sobre a necessidade de utilização de presunções e metodologias mais simples, a fim de se ter maior objetividade, consistência e previsibilidade. Isso sem falar na maior independência em relação à composição das autoridades antitruste, a fim de evitar as indesejáveis modificações de jurisprudência tão somente em razão das visões pessoais de cada nova autoridade.

Para enfrentar tais desafios, o diálogo com a economia será cada vez mais necessário, mas sob perspectiva totalmente distinta: plural e abrangente, rompendo com a dependência exclusiva da economia neoclássica e compreendendo que a economia não é uma ciência exata e, exatamente por isso, não pode oferecer diagnósticos precisos sobre fenômenos sujeitos a inúmeras variáveis e que ainda são marcados pela reflexividade.

Assim, no que toca às principais decisões sobre alocação e distribuição de recursos econômicos, acredito que vamos superar o “*it’s*

¹⁶ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *The Narrow Corridor. States, Societies and the Fate of Liberty*. New York: Penguin Press, 2019.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

the economy, stupid” e finalmente entender que *“it’s the politics and the power, stupid”*. Como bem sintetiza George Soros, por trás da mão invisível do mercado, estão as mãos visíveis da política¹⁷.

Logo, será fundamental incorporar os aportes recentes de outras vertentes econômicas, como a economia comportamental e a economia da complexidade, assim como a contribuição de outras ciências sociais que são fundamentais para entendermos os comportamentos humanos e a dinâmica dos mercados, a exemplo da psicologia, da ciência da comunicação, da antropologia, da sociologia econômica e da história.

Uma maior humildade metodológica também será necessária pois, como muito bem expõem Banerjee e Duflo¹⁸, as capacidades preditivas da ciência econômica são muito precárias, especialmente quando se trata de estabelecer prognoses de médio e de longo prazo. Daí porque, em cenários de complexidade e incertezas radicais, haverá necessidade de se confiar menos em predições e adotar modelos decisórios que possam incorporar adequadamente a prevenção e a precaução de danos concorrenciais.

Toda essa multi e transdisciplinaridade terá que proporcionar um diálogo construtivo entre o direito e as outras áreas do saber, mantendo a preocupação com a racionalidade jurídica a partir de regras e valores. Será fundamental superar a atual situação em que o Direito Antitruste é colonizado por uma determinada vertente da teoria econômica e praticamente se reduziu a uma metodologia econômica.

Talvez a maior consequência dessa nova abordagem do Antitruste seja a mudança do próprio perfil dos advogados e das autoridades antitruste: acredito que cada vez mais se exigirá profissionais com visão mais abrangente do direito, da economia, da sociedade e do próprio poder. Também acredito que, no futuro, o debate antitruste

¹⁷ Why economics failed.
<https://www.youtube.com/watch?v=21RC3JLxCmw&t=30s>

¹⁸ BANERJEE, Abhijit; DUFLO, Esther. *Good Economics for Hard Times*, New York: Public Affairs, 2019.

atrairá muitos outros estudiosos que não apenas juristas e economistas e será considerado essencial nas discussões relacionadas à democracia.

Quais são os temas de fronteira do direito concorrencial que devem dominar o cenário acadêmico e profissional nos próximos anos?

Sem dúvida nenhuma, o principal tema de fronteira é a reflexão sobre o que vem a ser o próprio poder econômico, partindo da premissa de que ele obviamente não pode ficar restrito a uma visão baseada apenas na capacidade de aumentar preços. Assim, será fundamental entender o poder econômico em suas diferentes facetas e alcances, incluindo aí o poder político, o poder de conexão ou de *gatekeeper*, o poder informacional, o poder de persuasão, aspectos que se tornam cada mais centrais em uma economia movida a dados.

Também acredito que o Direito Antitruste precisa dialogar melhor não apenas com as áreas de fronteira que lhes são naturalmente correlatas – Direito das Sociedades, Direito dos Contratos, Direito da Concorrência Desleal, Direito do Consumidor – como avançar em outros diálogos, dentre os quais:

- (i) Direito do Trabalho, a partir das novas evidências de que as concentrações econômicas podem causar perversos efeitos de monopsônio ou oligopsônio contra trabalhadores;
- (ii) Direito Constitucional e democracia, a partir das novas evidências de que as concentrações econômicas estão “super-representando” determinados agentes econômicos, por meio de diversas estratégias como *lobby* e manipulação da opinião pública;
- (iii) Direito da Propriedade Intelectual, diálogo cuja importância não é nova, mas que tende a aumentar crescentemente, incluindo aí as discussões sobre segredo

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

de negócios, especialmente diante de decisões algorítmicas;

- (iv) Direito da Proteção de Dados, já que os dados hoje são provavelmente a maior fonte de poder econômico e não se pode negar que o Direito Antitruste tem papel central para delimitar se serão o novo petróleo ou o novo plutônio.

Acredito também que outros temas fundamentais são os relacionados à tecnologia, pois, diante de uma crescente migração das nossas vidas para o meio digital e de uma crescente terceirização de processos decisórios empresariais para sistemas algorítmicos, será fundamental compreender como tudo isso acontece, sob pena de não se assegurar minimamente o *enforcement* do Antitruste. Nesse sentido, discussões sobre inteligência artificial, metaverso, *blockchain*, *Decentralized Autonomous Organizations - DAOs*, dentre outras, serão fundamentais, uma vez que todas essas tecnologias podem ser utilizadas – e já o estão sendo – para a implementação de diversas condutas antitruste.

Outro tema imprescindível diz respeito à comunicação social, sem o que nem mesmo compreenderemos o papel do controle do fluxo informacional na conformação dos mercados, assim como novos meios de abuso de posição dominante.

Por fim, chamaria a atenção, especialmente no que diz respeito à economia digital, para a necessidade de um maior diálogo entre o Direito Antitruste e as discussões relacionadas ao constitucionalismo digital sob uma perspectiva transnacional, que são fundamentais sobretudo em relação às *big techs*.

Não obstante, o que eu tenho observado é que os problemas complexos cada vez mais exigem soluções transversais, que apenas poderão ser construídas a partir de uma combinação rica e harmoniosa das contribuições que cada área jurídica pode oferecer. Na atualidade, como cada área acaba sendo uma “caixinha”, nenhuma delas dialoga

com a outra e o resultado disso é o pior possível: cada área fatia o problema, para que caiba na sua metodologia, sendo que nenhuma se sente responsável para endereçá-lo em sua complexidade.

Nesse sentido, o Direito Antitruste tem sido mestre na arte de se furta a resolver problemas complexos relacionados ao abuso de poder econômico sob argumentos defensivos, tais como a de que a questão estaria além da sua competência ou exigiria esforços para os quais não estaria preparado. Acontece que o objetivo fundamental do Antitruste é controlar o abuso de poder econômico, em qualquer que seja a sua modalidade, razão pela qual ele precisa estar preparado para isso.

Qual o balanço ideal de um desenho institucional da ordem jurídica dos mercados e a repressão do poder econômico e a meta constitucional de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais no Brasil? Podemos falar de um caminho de constitucionalização do Direito Antitruste?

Ao contrário do que se pensa, Direito Antitruste, pobreza e desigualdade são temas muito próximos e interligados. Tanto é assim que Joseph Stiglitz¹⁹ aponta como uma das principais razões do aumento atual da desigualdade a concentração econômica, o que faz com que agentes titulares de posição dominante possam extrair indevidamente renda (*rent*) dos consumidores e dos seus parceiros comerciais. Assim, um dos efeitos de uma política antitruste excessivamente leniente com o acúmulo e o exercício do poder econômico pode ser precisamente o aumento da desigualdade e da pobreza.

Cabe acrescentar que a desigualdade hoje está associada à diminuição do crescimento econômico, de forma que a ideia de *trickle down* – primeiro o bolo tem que crescer para depois ser repartido – mostrou-se completamente falsa. Por outro lado, cada vez mais temos

¹⁹ STIGLITZ, Joseph. *Power, and Profits. Progressive Capitalism for an Age of Discontents*. New York: W.W. Norton & Company, 2019, *O preço da desigualdade*. Tradução de Dinis Pires. Lisboa: Bertrand, 2013.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

evidências para entender que a desigualdade hoje é um problema muito mais político do que econômico, o que atrai um novo interesse para as áreas da política e do direito que tratam da alocação e da distribuição de recursos econômicos, como é o caso do Antitruste.

Se tais discussões são importantes no contexto internacional, deveriam sê-lo ainda mais no contexto brasileiro, no qual temos uma ordem econômica constitucional que se preocupa com a função social da empresa, com a redução de desigualdades e com a justiça social.

Obviamente que tais preocupações passam ao largo da metodologia defendida pela Escola de Chicago, já que esta levou, nas palavras de Schuartz, a uma desconstitucionalização do Direito da Concorrência. Eu iria além: essa metodologia levou a uma “desjuridicização” do Direito da Concorrência, que deixou de ser direito e se tornou uma metodologia econômica, perdendo seu compromisso com os valores, especialmente os constitucionais.

Assim, precisamos de um rearranjo institucional que possa incorporar na política antitruste os princípios constitucionais da ordem econômica. Se a própria Constituição procura atender a vários e múltiplos propósitos, não pode o Antitruste se fechar em uma abordagem econômica *single-pointed* de maximização de bem estar do consumidor, ignorando solenemente todos os demais princípios constitucionais.

Entretanto, precisamos reconhecer que ainda estamos muito longe de trilhar um caminho de constitucionalização do Direito da Concorrência no Brasil. Nosso apego à metodologia de Chicago ainda é muito forte, o que fica claro com as tentativas desesperadas de se persistir com o critério da maximização do bem estar do consumidor a qualquer preço, ainda que mediante adaptações. Nem mesmo os novos ventos que já sopram na Europa e nos Estados Unidos têm sido capazes de mudar significativamente essa situação. Continuamos encalhados nas águas rasas e superficiais de Chicago.

Ao assim fazer, não conseguimos evoluir minimamente em pautas mais consistentes, até porque o critério da maximização do bem

estar do consumidor é claramente inadequado para tratar de diversas projeções do abuso de poder econômico, notadamente as que se refletem no aumento da pobreza e da desigualdade, aí incluída a piora dos ganhos e da qualidade de vida dos trabalhadores, bem como os efeitos deletérios que a concentração de poder político produz para a economia e a democracia.

Enquanto continuar optando pela suposta segurança e pelo conforto oferecido pela metodologia de Chicago, ao preço do reducionismo e do descolamento da realidade, o Antitruste não terá condições nem mesmo de proteger os consumidores. Menos ainda terá condições de assumir o seu papel na erradicação da pobreza e da desigualdade.

BARBARA ROSENBERG

Na sua atuação como diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica (2003-2005) quais foram os principais desafios enfrentados? Os objetivos foram alcançados?

Eu cheguei ao Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE), na Secretaria de Direito Econômico, em 2003, momento em que a defesa da concorrência ainda era um assunto pouco comum fora do mundo da advocacia empresarial e muito limitado à análise de Atos de Concentração.

Dentre os três órgãos que compunham o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SDE, o então CADE – que exercia exclusivamente o papel de Tribunal Administrativo – e a Secretaria de Acompanhamento Econômico), a SDE, inclusive, era o que tinha menor exposição e, arriscaria dizer, relevância naquele momento. Lembro que no final de 2003, a SDE foi mencionada por uma reportagem da revista Veja como “uma discreta secretaria do Ministério da Justiça”.

Comento o contexto pois o maior desafio, naquele contexto, era fazer advocacia da concorrência da maneira adequada, garantindo a relevância da livre iniciativa, mas sempre pautada pela defesa da concorrência. Quando a SDE começou o que considero sua mais relevante atuação naquele momento, que foi o combate aos cartéis, havia um desafio institucional de demonstrar o quão danosos esses acordos eram para a economia e para os consumidores. Vale lembrar que falamos de um contexto no qual, até muito pouco tempo antes, as empresas se sentavam com o governo para abrir custos e definir preços. De repente, aquilo havia se tornado uma infração concorrencial e um crime. No mesmo sentido, o acordo de leniência – instrumento que se mostrou essencial para a investigação de casos de cartel – foi muito questionado (e até criticado) pelo empresariado, por algumas áreas do governo, pelo Ministério Público e inclusive pela academia, vez que, culturalmente, a

noção de premiar um delator (que também teria participado como infrator) parecia inaceitável.

Claro que os desafios eram também de ordem prática: havia limitação de pessoal, de orçamento, de infraestrutura, mas realmente acredito que o grande desafio que tivemos foi demonstrar que a defesa da concorrência era um pilar básico para o bom funcionamento do mercado e, para tanto, era necessário ter instituições fortes, independentes e atuantes. E, nesse ponto, o apoio que recebemos do então Ministro Márcio Thomaz Bastos foi pilar essencial, vez que ele era absolutamente comprometido com a importância de fortalecer as instituições (não apenas do SBDC) – ele dizia que a meta do Governo era transformar o Brasil de maneira que ele passasse a ser um país de instituições, e não apenas de leis.

É sempre difícil aceitar que os objetivos tenham sido alcançados, uma vez que sempre queremos mais resultados e efetividade nas ações. Ainda assim, tenho a leitura de que foi sim possível, especialmente na parte de combate aos cartéis, plantar sementes que efetivamente passaram a gerar frutos, especialmente nas gestões subsequentes.

Quais são os principais desafios enfrentados por empresas que notificam operações ao Cade? A Sra. considera que o diálogo e as negociações com as autoridades concorrenciais, no âmbito de atos de concentração, evoluíram?

Penso que o CADE foi capaz de construir um regime de análise prévia eficiente e efetivo. Digo isso na medida em que temos um sistema que permite às empresas tomar decisões com um grau razoável de transparência e previsibilidade, além de planejar tempos e ter clareza sobre o que fazer ou não, o que é essencial para o bom funcionamento do mercado.

Isso não quer dizer que não haja ainda pontos de melhora e, dentre esses, ainda temos alguns aspectos da legislação com espaço para

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

melhora e maior eficiência. Um dos pontos que ainda desalinha o CADE de outras jurisdições maduras é o fato de o critério de notificação considerar o faturamento do vendedor, não da empresa objeto, o que leva à necessidade de notificar operações com baixíssimo risco de potencial lesivo à concorrência no Brasil. No mesmo sentido, o patamar de faturamento ainda vigente no Brasil foi estabelecido em 2012 e não houve qualquer atualização, a despeito de ter havido uma inflação de aproximadamente 80% desde então (o que levaria à necessidade de notificação de Operações que atingissem R\$ 1,3 bilhões de um lado e R\$ 130 milhões do outro). Uma eventual revisão dos critérios poderia reduzir o número de operações notificadas, e permitiria que o CADE utilizasse seus limitados recursos de forma mais eficiente, lembrando que sempre existe a possibilidade de avocação caso alguma operação entre empresas de faturamento menor gerasse algum risco concreto.

Um outro ponto no qual há sempre espaço para melhora – e o CADE parece sensível ao tema -- é aumentar a previsibilidade das operações que precisam ou não ser notificadas, procedendo a análises detalhadas sobre conhecimento. Como exemplo, cabe seguir aprofundando na análise de quais acordos associativos precisam ser notificados, assim como detalhar os critérios para cálculo de faturamento, inclusive no tocante ao momento em que se observa o faturamento do grupo econômico. Por fim, e na mesma linha, é essencial que o CADE siga consolidando seu entendimento sobre as aquisições feitas por fundos de investimento e aquisições de participações minoritárias. O CADE andou bem em tornar os critérios mais objetivos nesses dois pontos, definindo percentuais para as aquisições, e quaisquer indicativos que voltaríamos a ter que considerar conceitos como “influência relevante” seria um retrocesso.

Dois desafios adicionais enfrentados pelas empresas, desafios esses que são parte do sistema e têm sua lógica, mas que certamente devem ser ponderados quando da notificação de um Ato de Concentração, são: o incremento do risco de avocação de operações pelo Tribunal, assim como o papel que os terceiros desempenham no

processo. Certamente a avocação tem um papel relevante, inclusive dentro da lógica de freios e contrapesos, mas o aumento da frequência de casos avocados traz um componente relevante na análise de riscos e prazos de fechamento. No tocante aos terceiros interessados, ainda que eles também desempenhem um papel relevante na redução da assimetria de informação, cabe um escrutínio cuidadoso do CADE. Isso porque, na minha opinião, ainda que o CADE venha sendo cuidadoso ao admitir terceiros, temos visto situações de certo “abuso” por parte de concorrentes e outros terceiros, que muitas vezes trazem argumentos sem fundamento com o único objetivo de atrasar o fechamento de operações, defendendo interesses eminentemente privados.

No tocante a análise de mérito, é essencial que o CADE seja o mais transparente possível na indicação da teoria do dano a ser adotada e que mantenha, na medida do possível, consistência em relação aos precedentes (digo na medida do possível pois o mercado sempre pode mudar, mas, ausentes mudanças, a previsibilidade tem grande valor). A autoridade não deve ter receio de indicar com clareza qual a sua preocupação, pois isso permite à parte apresentar seus argumentos e, no limite, os remédios adequados para solucionar os eventuais problemas. Já ouvi, em alguns momentos da minha prática nesses quase 25 anos, que o CADE teve um bom ano por ter reprovado muitas operações, além de ter ouvido de membros do CADE que, se eles fossem transparentes sobre a teoria do dano, as requerentes apresentariam pareceres para tentar resolver. Correndo o risco de dizer o óbvio, a SG e os Conselheiros do CADE não ganham ou perdem casos, eles decidem – e, para tanto, nada melhor que pedirem e receberem a informação completa.

Penso que tem sim havido uma construção institucional que tem permitido uma melhora no diálogo entre o CADE, os advogados e as empresas – e não tenho dúvidas de que isso, junto com previsibilidade, independência e transparência, são componentes essenciais para a melhor aplicação da Lei de Defesa da Concorrência.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Quais são os desafios da advocacia na área da defesa da concorrência? Quais as principais diferenças em relação a outros países?

Começando pelo final, a meu ver, os desafios são comuns no Brasil e no exterior, não vejo grandes diferenças. É fato que o mercado está cada vez mais competitivo, com muitos advogados extremamente preparados e que prestam excelentes serviços, mas não necessariamente o número de operações e de investigações acompanha esse crescimento. Há anos com menor número de operações notificadas e, como vem sendo amplamente noticiado, o número de investigações de cartel vem caindo no mundo todo, inclusive com a redução dos acordos de leniência.

Esses dois aspectos, que afetam diretamente a demanda no mercado, estão completamente fora do controle dos advogados e certamente nos desafiam, diariamente, a tentarmos prestar o melhor serviço, buscando diferenciar nosso trabalho. A concorrência naturalmente impacta honorários e, nesse ponto, a excelência no trabalho se faz ainda mais essencial, para tentar demonstrar que não estamos diante de um trabalho que possa ser considerado uma *commodity*.

Concorrência e demanda, no entanto, ainda que possam ter particularidades na nossa área, não são desafios apenas da advocacia na área antitruste. Citaria assim, dois desafios específicos. O *primeiro* deles seria a necessidade de buscar, sempre, uma formação interdisciplinar, que vá além do direito, e que exija uma constante atualização em relação a novos mercados, novas dinâmicas competitivas. Talvez o exemplo mais óbvio seja entender o funcionamento dos mercados diante de todas as inovações e ferramentas digitais. Precisamos revisitar as formas de definir concorrentes e concorrência. O *segundo* seria uma habilidade específica para interagir com a autoridade, pois é essencial respeitar e ser respeitado por ela, ter credibilidade e lembrar que estamos diante de um jogo de muitas rodadas.

CAIO MARIO

Na sua visão, qual será o futuro da prática concorrencial, sob a ótica da advocacia e sob a ótica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”)?

A prática concorrencial tem evoluído muito nos últimos tempos, expandindo suas fronteiras e aumentando a complexidade do ambiente de atuação das autoridades, das empresas e, conseqüentemente, dos consultores jurídicos e econômicos que atuam na área. Apesar da dificuldade de distinguir todas as transformações no calor do momento, há pelo menos quatro eixos de mudanças importantes.

Primeiro, a prática concorrencial está enfrentando a necessidade de lidar cada vez mais com mercados dinâmicos e com a disrupção tecnológica. Isso exige uma adaptação do ferramental utilizado para analisar esses mercados. A compreensão da dinâmica competitiva desses mercados tem levado ao surgimento de novos conceitos (e.g. economias de rede, *market tipping*, mercados de dois lados, dentre tantos outros), que vêm sendo incorporados ao léxico da comunidade antitruste.²⁰ Além disso, mercados dinâmicos exigem uma calibragem do tempo de reação, sob pena de perda do próprio objeto da análise. Finalmente, com maior dinamismo é fundamental que todos os agentes se adaptem à necessidade de tomada de decisões concorrenciais no contexto de maior incerteza e, portanto, de maior possibilidade de erro.²¹

²⁰ PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva (Org.). *Defesa da Concorrência em Plataformas Digitais*. São Paulo: FGV Direito SP, 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/30031>. Acesso em: 14 set. 2022.

²¹ Sobre incerteza e possibilidades de erro na aplicação de remédios concorrenciais em mercados dinâmicos, ver: LANCIERI, Filippo; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. Designing Remedies for Digital Markets: The Interplay Between Antitrust and Regulation. *Journal of Competition Law and Economics*. Volume 18, 2022. Disponível em: <https://academic.oup.com/jcle/article-abstract/18/3/613/6415615?redirectedFrom=fulltext>. Acesso em: 14 set. 2022.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Segundo, é possível notar uma ampliação das interfaces com outras áreas do direito que afetam a concorrência e que são afetadas por ela, como por exemplo: regulação setorial, proteção de dados pessoais, defesa do consumidor. Essas interfaces tendem a exigir que todos os atores aprendam a lidar com um ambiente institucional mais complexo e interligado. Elas também exigem a compreensão do papel de cada microsistema jurídico e das suas vocações centrais, evitando sobreposições desnecessárias e até contraproducentes.²² Ademais, as autoridades precisam cooperar entre si e ter clareza sobre os limites das suas esferas de atuação, enquanto os agentes privados precisam compreender que terão que lidar com múltiplas autoridades.

Terceiro, a prática concorrencial está ampliando o foco preventivo. Isso tem se refletido, por exemplo, na demanda da implementação de programas de *compliance* mais sofisticados, que vão muito além da prevenção de cartéis, incorporando, por exemplo, orientações sobre e o monitoramento de práticas unilaterais de empresas dominantes²³. Da mesma forma, a atividade consultiva tem se tornando mais intensa, tanto no desenho de operações de fusões e aquisições, que incorporam mecanismos de governança para lidar com aspectos concorrenciais, quanto na avaliação de risco e mitigação de efeitos de condutas que possam afetar a competição. Finalmente, o foco preventivo tem ampliado o espaço de soluções consensuais com a autoridade, via Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) e Acordos em Controle de Concentração (ACCs), criando mecanismos de monitoramento para evitar comportamentos anticompetitivos.

²² Ver: RENZETTI, Bruno Polonio; PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva. Big Data entre três microsistemas jurídicos: consumidor, privacidade e concorrência. Caio Mario da S. Pereira Neto (Org.). *Defesa da Concorrência em Plataformas Digitais*. São Paulo: FGV Direito SP, 2020, p. 84-118. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/30031>. Acesso em: 14 set. 2022.

²³ Ver: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; LANCIERI, Filippo Maria. Alguns apontamentos sobre programas de *compliance* antitruste focados em condutas unilaterais no Brasil. In: RODAS, João Grandino; CARVALHO, Vinicius Marques de. *Compliance e concorrência*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

Quarto, é possível que haja maior judicialização de matérias concorrenciais no futuro. De um lado, decisões do CADE que venham a testar novas teorias de dano em mercados muito dinâmicos, devem atrair questionamentos perante o Poder Judiciário, na busca de definir os limites de aplicação dessas teorias. Além disso, há uma clara perspectiva de aumento das Ações de Reparação de Danos por Carteis (ARDCs) e outras condutas concorrenciais²⁴. Essa tendência mundial aos poucos vem chegando ao Brasil.

Esses movimentos terão impactos relevantes para a atuação do CADE e para a prática privada. O CADE já vem se adaptando para lidar com essas tendências: publicando estudos sobre mercados dinâmicos, discutindo medidas preventivas no contexto de plataformas digitais, expandindo convênios com agências reguladoras, ampliando seu papel na advocacia da concorrência e atuando perante o Poder Judiciário. Já na advocacia, esses movimentos tendem a exigir uma prática mais sofisticada, preparada para compreender as interações entre defesa da concorrência e outras esferas de regulação estatal e ampliando suas ferramentas de atuação para incluir estratégias integradas com outras áreas do direito, o uso de técnicas de negociação, a capacidade de planejar litígios multifacetados, dentre outras.

Quais são os principais desafios da análise antitruste em setores regulados? O CADE se assemelha a uma Agência Reguladora? Em quais aspectos?

A análise antitruste em setores sujeitos a regulação em sentido estrito (especialmente aqueles submetidos a uma agência reguladora setorial) possui desafios em pelo menos dois planos: (i) no plano material, precisa lidar com indústrias complexas, nas quais sempre

²⁴ Ver: MAIA, Mauricio Oscar Bandeira. *Elementos das ações reparatorias por danos concorrenciais decorrentes de cartel*. São Paulo: Dialética, 2021. Ver também o PL n. 11.275/2018, de autoria do Senador Aécio Neves (PSDB-MG), que foi aprovado na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados em 12/07/2022.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

existem empresas dominantes, monopolistas em certos elos da cadeia ou inseridas em oligopólios bastante cristalizados, as quais já têm a sua atividade regulada com obrigações de diversas naturezas e múltiplos objetivos; (ii) no plano institucional, a autoridade concorrencial precisa calibrar potenciais intervenções em mercados que já são repletos de intervenções regulatórias e cooperar com agências reguladoras na construção de agendas comuns no que tange à competição.

Sobre o desafio material, é importante levar em conta que (i) a estrutura de diversos mercados regulados é concentrada em virtude de características inerentes à própria indústria (e.g. monopólios naturais), sendo muito difícil alterar essa estrutura, de forma que intervenções nesses mercados tendem a ser mais focadas na punição de comportamentos ilícitos e na imposição de obrigações comportamentais complementares à própria regulação; (ii) a compreensão do contexto regulatório é essencial para identificar os espaços de competição abertos pelo regulador e para evitar intervenções antitruste que dupliquem esforços desnecessariamente ou afetem negativamente outros objetivos regulatórios.

Nesse ponto, é preciso entender que a agenda regulatória é muito mais ampla que a agenda concorrencial, incluindo objetivos técnicos (e.g. interconexão de redes em telecomunicações, padronização para a portabilidade e dados na regulação financeira rumo ao *open banking*), objetivos econômicos (e.g. o equilíbrio econômico e financeiro de contratos de concessão, a solvência e instituições financeiras) e objetivos sociais (e.g. universalização, redução de desigualdades regionais). Assim, por mais importante que seja a competição em setores regulados, a análise antitruste não pode ignorar essa agenda mais ampla, definida e conduzida pelos reguladores, os quais assumem um certo protagonismo.

Nesse contexto material é que se coloca o desafio institucional. A atuação do CADE em setores regulados é apenas um dos vetores de zelo pela competição e não o único elemento ou mesmo o primordial. Os exemplos da introdução de competição no mercado de

telecomunicações, e mais recentemente nos mercados de meios de pagamento e de serviços financeiros, mostram que as agências reguladoras possuem um instrumental mais amplo que o CADE (e.g. a possibilidade de uso de regulação assimétrica, imposição de obrigações de contratação e/ou de portabilidade, redução de custos de troca (*switching costs*)) para introduzir e ampliar a competição nesses mercados. Assim, o papel do CADE é complementar aos reguladores, seja identificando distorções competitivas que podem inclusive exigir regulação adicional, seja protegendo os espaços competitivos abertos pelas agências reguladoras caso tais espaços sejam distorcidos por condutas coordenadas ou por abuso de posição dominante²⁵.

Finalmente, ainda no plano institucional, é preciso lembrar que, como Tribunal Administrativo, o CADE possui características de um órgão de adjudicação, que aplica a Lei a casos concretos, mediante um processo adversarial, baseando sua atuação em avaliações de licitude. Essas características são distintas de uma agência reguladora, que formula políticas públicas e estabelece regras aplicáveis a múltiplos agentes em um determinado setor (e.g. telecomunicações, transporte, energia) ou mesmo de forma horizontal (e.g. dados pessoais). Isso traz certos limites de atuação para o CADE em setores regulados. Em especial, é preciso ter consciência que atuações pontuais, sobre um agente econômico específico, tende a não ser a melhor estratégia para lidar com distorções que sejam aplicáveis ao setor regulado como um todo. Ao contrário, intervenções antitruste pontuais podem potencializar distorções, criando um ambiente competitivo assimétrico, no qual certos agentes econômicos são favorecidos de forma indesejada, em virtude das limitações de escopo inerentes ao processo adjudicatório.

²⁵ Ver: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; FILHO, José Inácio F. de Almeida Prado. Espaços e interfaces entre regulação e defesa da concorrência: a posição do CADE. *Revista Direito GV*, v. 12 n. 1, jan.-jun. 2016, p. 13-48. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/59453>. Acesso em: 14 set. 2022.

Qual será o papel do direito concorrencial diante do surgimento de novas formas de regulação transversal ou assimétrica de plataformas digitais (e.g. DMA)?

Nos últimos anos, autoridades antitruste do mundo inteiro têm se preocupado com a emergência de problemas concorrenciais em plataformas digitais. Num primeiro momento, isso levou à publicação de vários relatórios elaborados pelas próprias autoridades concorrenciais ou por *experts* provocados por elas²⁶. Vários desses estudos sugeriram que mercados digitais teriam características estruturais que poderiam exigir intervenções regulatórias *ex ante* ao invés de aplicação pontual de regras de direito da concorrência *ex post*. Esses diagnósticos têm influenciado o surgimento de novas estratégias de intervenção sobre plataformas digitais.

Os dois movimentos regulatórios mais relevantes até o momento foram a aprovação do Digital Markets Act (“DMA”) pela União Europeia, em 2022,²⁷ e a alteração na lei de defesa da concorrência alemã (GWB) para a inclusão do artigo 19a, em 2021. No caso do DMA, a estratégia foi definir certos agentes econômicos prestadores de serviços essenciais de plataformas (*core platform services*) como *gatekeepers*, atribuindo a estes agentes um conjunto de obrigação *ex ante*, sendo algumas autoaplicáveis (art. 5º) e outras dependentes de regulamentação (art. 6º). Já a alteração da lei alemã é mais flexível, atribuindo uma nova competência à autoridade antitruste (*Bundeskartellamt*), para que possa impor obrigações *ex ante* a empresas que sejam identificadas como “superdominantes” (*Undertakings of Paramount Significance for Competition Across Markets*).

²⁶ Ver: LANCIERI, Filippo; SAKOWSKI, Patricia Morita. Competition in Digital Markets: A Review of Expert Reports. 26 *Stanford J.L. Bus. & Fin.* V. 65, 2021. Disponível em: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/262705/1/wp303.pdf>. Acesso em: 14 set. 2022.

²⁷ O Digital Markets Act está disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=en>.

Como se nota, ambas as estratégias abrem espaço para um tipo de regulação assimétrica, na qual agentes econômicos dominantes, que tenham uma posição particularmente importante em certos elos do mercado, sejam sujeitos a obrigações especiais, não aplicáveis aos demais agentes econômicos. Em grande medida, essas obrigações buscam garantir acesso de terceiros a certos serviços considerados essenciais, em condições não discriminatórias, além de utilizar outras estratégias de nivelamento das condições de concorrência.

Essas estratégias regulatórias bebem em duas fontes. De um lado, são claramente inspiradas e construídas a partir de conceitos e raciocínios calcados na análise antitruste (i.e. mercado relevante, posição dominante, acesso não discriminatório, dentre outros). De outro lado, são estratégias que incorporam muito do aprendizado adquirido por agências reguladoras setoriais que têm utilizado técnicas de regulação assimétrica nas últimas três décadas, em vários setores – especialmente setores de infraestrutura, em que alguns agentes dominam elos da cadeia essenciais para os demais agentes.

Nesse contexto, o direito concorrencial e as autoridades concorrenciais podem ter alguns papéis relevantes no desenvolvimento das novas técnicas regulatórias aplicadas a plataformas digitais.

Primeiro, para além de prover conceitos essenciais e uma estrutura analítica capaz de informar esse novo tipo de regulação, o *enforcement* do direito concorrencial pode servir para identificar eventuais comportamentos e falhas de mercado que exigirão esse novo tipo de atuação. Assim, por exemplo, os artigos 5º e 6º do DMA estabelecem várias obrigações *ex ante* claramente inspiradas em remédios aplicados em casos concorrenciais (e.g. acesso não discriminatório, limitação a *self-preferencing*, interoperabilidade, portabilidade, entre outros). O novo artigo 19a da lei alemã de defesa da concorrência atribui à própria autoridade concorrencial a possibilidade de impor obrigações *ex ante* a firmas superdominantes quando identificam um problema concorrencial.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Aliás, isso não é uma completa novidade, no passado, casos do CADE lidando com acesso a infraestrutura no setor de telecomunicações acabaram levando a Anatel a regular a oferta de exploração industrial e linha dedicada (EILD).²⁸ Mais recentemente, investigações no setor de meios de pagamento acabaram levando o Banco Central a regular e padronizar o acesso a agendas de recebíveis de cartões de pagamentos e depois até estabelecer novos mecanismos de registro e gestão desses recebíveis como garantia de operações de crédito.²⁹ Portanto, é razoável esperar que o direito da concorrência continue influenciando o desenvolvimento desse tipo de regulação.

Segundo, pode ser que as próprias autoridades concorrenciais nacionais venham a ser chamadas a implementar essa nova regulação, como ocorreu na Alemanha. No entanto, é importante entender que esse tipo de intervenção tem uma natureza diferente do *enforcement* antitruste e exige expertise também distinta. Ao tratar da imposição e monitoramento de obrigações *ex ante*, esse tipo de atuação se distancia de processos adversariais de adjudicação pontual, geralmente aplicados por tribunais administrativos. Assim, caso autoridades concorrenciais se tornem responsáveis por aplicar esse novo tipo de medida regulatória – o que certamente não é a única alternativa³⁰ e nem necessariamente a mais adequada em todos os contextos – elas terão que se adaptar e se capacitar para tanto.

Terceiro, ainda que as autoridades de defesa da concorrência não recebam novas competências de regulação *ex ante* análogas ao DMA, nada impede que outros tipos de ferramentas sejam adotados. Em

²⁸ Para essa discussão, ver PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida, *supra* nota 6, p. 23.

²⁹ Por meio da Circular n. 3.952/2019 do Banco Central do Brasil, disponível em: <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Circular&numero=3952>.

³⁰ Ver: STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS. *Final Report*. (discutindo a criação de uma Autoridade Digital). Disponível em: <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>. Acesso em: 14 set. 2022.

especial, é possível imaginar mecanismos que prevejam intervenções a partir de análises estruturais, independentemente da caracterização de práticas ilícitas. Esses mecanismos são conhecidos como estudos ou investigações de mercado (*market inquiries*) e já estão presentes várias jurisdições, como UK, México e Peru³¹. Eles permitem que as autoridades concorrenciais identifiquem situações em que a estrutura do mercado esteja impedindo o desenvolvimento da competição e desenhem intervenções para corrigir essa falha³², o que poderia ser aplicável também a plataformas digitais.

Quaisquer que sejam os caminhos à frente, a interface entre o direito concorrencial e essas formas de regulação de plataformas digitais deve ser pensada com alguma cautela, considerando que haverá uma curva de aprendizado sobre a aplicação dos novos instrumentos. O direito concorrencial certamente continuará sendo uma referência analítica para essas estratégias regulatórias, mas certamente não será a única.

³¹ Ver: OCDE, Organização Para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. *Using market studies to tackle emerging competition issues*. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/using-market-studies-to-tackle-emerging-competition-issues-2020.pdf>. Acesso em: 14 set. 2022.

³² Um caso emblemático de intervenção dessa natureza foi a decisão da Competition Commission de UK que, após uma detalhada investigação de mercado, determinou que a BAA, controladora de três aeroportos em Londres (e sete em todo o Reino Unido), desinvestisse dois dos seus ativos em Londres (além de mais um de seus ativos na Escócia), de forma a ampliar a competição no mercado. Disponível em: https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20140402170726mp_/http://www.competition-commission.org.uk/assets/competitioncommission/docs/pdf/non-inquiry/rep_pub/reports/2009/fulltext/545.pdf.

CARLOS FRANCISCO DE MAGALHÃES

O Sr. participou da Comissão criada para alterar a Lei 4.137/1962, que se mostrou o gérmen da edição da Lei nº 8.884/1994. Conte-nos sobre os trabalhos realizados pela Comissão, suas inspirações e principais preocupações à época.

Realmente participei da 1ª Comissão que foi criada para alterar a Lei nº 4.137/62 e participaram também o Dr. Alberto Venâncio Filho, que além de membro da Academia Brasileira de Letras, grande jurista e autor da mais importante obra sobre Intervenção do Estado no Domínio Econômico em que fez um exaustivo trabalho sobre o tema da intervenção então existente através de leis, decretos e todo tipo de normas administrativas que aproximaram o Brasil de um regime socialista em que 70% de nossa economia era dominada pelo Estado e também participou o Dr. José Inacio Gonzaga Franceschini que iniciava uma excelente literatura sobre a matéria de defesa da concorrência e que mostrou ser um grande processualista. Todos participantes eram advogados com razoável experiência na matéria.

Tivemos todos grande trabalho na comissão, uma vez que a Lei 4.137 sucessora da chamada Lei Malaia (Decreto-Lei nº 7.666 de 1945) da época da ditadura de Getúlio Vargas que era uma legislação de conotação mais política e em desacordo com as legislações de países de economia mais avançada, que priorizavam uma intervenção mais preventiva para uma concorrência que evitaria os monopólios e os cartéis com objetivo de proteger o bem-estar da população. A própria denominação da legislação – Repressão ao Abuso do Poder Econômico – já espelhava o caráter mais repressivo da legislação de 1962. O único dispositivo dessa Lei que teria um caráter preventivo (Art. 74) ao obrigar ao registro de acordos no CADE de diversos tipos de ajustes que poderiam restringir a concorrência, *restou completamente sem efeito* através de um dispositivo do seu Regulamento que veio a dizer que “independentem de registro os ajustes previstos neste artigo quando visem

realizar operações normais aos usos e praxes comerciais para contratos da mesma natureza” (Art. 96 §1º dessa regulamentação).

Creio que nosso principal objetivo nessa ocasião era não apenas atualizar a legislação antitruste, mas verdadeiramente - pasmem os nossos leitores – *transformar o órgão de aplicação da Lei em um SUPER CADE com poderes até para mudar a economia estatizante de então pela interferência que faziam nos agentes econômicos privados*, ou seja, coibir os órgãos regulatórios de intervir na economia privada com vista aos seus procedimentos.

Sem dúvida, esses três advogados de tendência mais liberal para a época, criaram na legislação que ansiavam mecanismos que visavam uma *tutela aos órgãos regulatórios* que obrigavam a apresentar ao CADE todas as disposições que pudessem ferir a livre concorrência.

Veja-se a propósito a publicação do Anteprojeto no Diário Oficial da União de 02/12/1988 em que se lê na Exposição de Motivos: “Uma inovação que pareceu extremamente oportuna à Comissão colocou sob controle do órgão, “certos atos da administração pública direta ou indireta que afetem as regras da livre concorrência”, com um capítulo inteiro “Do controle de atos administrativos” que considero que *seria extremamente útil se viesse a constar da atual legislação*, inclusive com o poder para o CADE “*tomar as providências cabíveis no âmbito da Administração Pública ou, se for o caso, as judiciais necessárias através da Procuradoria Geral do CADE, visando a revogação ou anulação do ato administrativo, regulamento ou normativo*” (Art. 37, “b” do Anteprojeto).

Talvez um arroubo da meia-juventude dos autores do Anteprojeto, que não contavam com a dificuldade de submissão ao CADE dos nossos fortíssimos órgãos reguladores, interferentes em todos os setores da economia, com poderes arraigados em dezenas ou até centenas de anos de sua criação.

Além do mais, uma característica do Anteprojeto era a forte regulamentação da parte adjetiva da legislação proposta, principalmente

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

pela intervenção do colega Franceschini, nosso processualista, que com razão entendia que seria necessária essa parte ser bem colocada, de vez que na época inexistia uma legislação completa do processo administrativo que somente veio a ser criada pela Lei nº 9.784 de 29-01-1999.

Essa parte processual chegou a ser tão desenvolvida que por sugestão do colega Venâncio que além de não concordar com tal ênfase, inclusive solicitou que fosse separada do conteúdo do projeto da lei para ser um apêndice para fazer parte do regulamento que viria a ser feito.

Finalmente, cumpre-me aqui registrar que a redação do anteprojeto foi dividida entre nós três, com o que, além de economizar tempo e trabalho, possibilitou que cada um participasse mais daquilo que entendia, cabendo a Venâncio, a Organização e Competência, a Franceschini, as Normas Processuais e Sistematização dos Textos e a mim, “Finalidades, Infrações, Penas e Controles”.

Registro também que não tive qualquer desentendimento nos trabalhos da comissão e pelo contrário foi com um grande prazer que fiz esse trabalho conjunto, não só nessa comissão mas em todas outras de que participei, que jamais foram de tempo perdido, já que cedo ou tarde serviram para redação de legislações discutidas no Congresso Nacional.

Aliás, a propósito devo aqui lembrar uma legislação importantíssima que veio a ser feita em 1990 com um dispositivo de que fui relator nessa Comissão. Vale a pena contar essa história pelo que tem de insólito.

Estava eu andando pelos corredores do Ministério da Justiça para ver os processos em que atuava quando vieram me pedir que fosse à sala do Secretário de Direito Econômico. Lá chegando, o Secretário, Dr. Del Chiaro, com quem tinha velha amizade me disse – “Chico, sente-se aí e dite para minha secretária um artigo de lei daquilo que você gosta e vive falando sobre acordo entre concorrentes que o Ministro me mandou fazer com a máxima urgência”. Respondi-lhe – “impossível, daqui vou até ao Aeroporto e tenho compromisso em São Paulo para esta

noite” – “então amanhã cedo me mande, por favor. Tem um grande negócio aí para sair e nós precisamos evitar. A Ministra da Fazenda pediu ao Presidente que ordenou ao meu Ministro e eu preciso atender”.

Chegando ao escritório já havia dois recados do Secretário me pedindo o texto. Fui direto ao Anteprojeto e transcrevi o texto que deveria ser em muitos artigos mas que, a pedido, coloquei em um artigo apenas com muitos incisos e parágrafos, já que seria inserido numa Medida Provisória (a terrível M.P. do Governo Collor que entre outras matérias, mexeu com a poupança de todos brasileiros).

Era 5ª feira e na 2ª feira saía no D.O.U. o texto *ipsis litteris* com apenas uma alteração, os acordos restritivos seriam julgados pela Secretaria de Direito Econômico pois o CADE não estava operando na ocasião.

Mas o engraçado foi que no dia seguinte me colocaram para atender um executivo que estava em N.Y. para conseguir um empréstimo que salvaria uma grande empresa da falência e ele, ao invés de dizer sobre o empréstimo ficou falando “Vi ontem à noite uma pessoa da sua profissão na 5ª Avenida “dando um amasso” numa mulher importante da minha profissão (economista)” e nada dizia sobre o que se esperava para a empresa, até que para minha surpresa finalmente me disse que as personagens eram o Ministro da Justiça e a Ministra da Fazenda, que até então nenhuma pessoa do Brasil sabia desse *affair*, somente publicado muito tempo depois. Alguns dias depois soube que a *Volks* e a *Ford* davam entrada em um pedido de registro de um “acordo de cooperação” que, na verdade, era uma fusão parcial para criar a *Autolatina*, restringindo a concorrência no mercado mais importante do Brasil.

Um dia, dando uma palestra na FGV, contei essa história e um dos alunos assistentes fez o conhecido comentário de que as pessoas não devem ver como se fazem salsichas nos frigoríficos se não deixariam de comê-las e que assim se fazem as leis no Brasil, o que me obrigou a defender a legislação que tinha feito às pressas para atender aos dois namorados, mas que foi tão boa que, embora sendo emitida em uma

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Medida Provisória, foi acolhida em todas as legislações futuras com quase a mesma redação, inspirada na legislação europeia com uma modificação que permitia a fusão quando visasse a sobrevivência de ativos valiosos.

Em entrevista publicada em obra editada pelo IBRAC em 2019, o Sr. fez apontamentos sobre a “invasão, no direito da concorrência, de preceitos e jurisprudências estrangeiros, não condizentes com o nosso Direito”. Na mesma oportunidade, afirmou que “penso que é a hora de ajudar a discutir os ambientes concorrenciais mais importantes para o desenvolvimento econômico e para o bem-estar da população em geral”. O Sr. mantém essa opinião? Por favor, indique quais os setores que elencaria como prioritários.

Sim, mantenho essa opinião. Muitas decisões estrangeiras disfarçadas por institutos legais ou jurisprudências de outros países entram em nosso país afrontando nossa legislação. Lembro-me de estar ouvindo uma decisão do CADE, quando um Conselheiro economista disse simplesmente que as decisões sobre acordos restritivos à concorrência deveriam ser pautadas nos requisitos expostos em normas do órgão norte-americano que seriam melhores. (por isso é que “DIZEM POR AÍ” que os economistas no antitruste são apátridas).

Confirmo também que deve existir por parte do CADE uma *graduação no exame da concorrência* de acordo com a importância que a população em geral dá *ao produto em causa*.

Tenho visto milhares e milhares de horas trabalhadas na nossa matéria para decidir a existência de concorrência de *produtos até reprimidos pela legislação brasileira, como cigarros*, que são taxados tributariamente em valores absurdos para diminuir a nocividade pela diminuição do seu uso. E aí está também embutida a importação da uma base legal norte-americana de que a defesa da concorrência seria um direito constitucional de proteger todos os agentes econômicos e não pelo fundamento agora adotado no Brasil e também em países europeus, de a legislação antitruste ter como objetivo proteger o bem-estar do cidadão.

Também milhares e milhares de horas são gastas pelo órgão antitruste administrativo e judicial para proteger produtos de grifes de milionários usufrutuários, ao invés de proteger melhor, por exemplo, a aquisição de medicamentos que nas pequenas e médias cidades tornam-se mais difíceis obter pelo fato de se criar quase monopólios locais pela compra indevida de pontos de venda, dificultando a entrada de grandes distribuidores farmacêuticos que, pela economia de escala, devem ter preços melhores e mais produtos em oferta. Seria o caso de o CADE baixar uma resolução proibindo que sejam utilizados pontos comerciais próximos por um mesmo agente econômico.

Setores prioritários que me perguntam aqui são obviamente todos aqueles de necessidade da população em geral, alimentos, transportes, saúde em geral, combustíveis, etc. Não são prioritários: fumo, produtos de grifes de alto preço, diversão também de alto valor, futilidades, etc.

O IBRAC é hoje um importante ator na cena do direito antitruste no Brasil, com participação de destaque em publicações, pesquisas, interlocuções com autoridades e debates envolvendo a defesa da concorrência, comércio internacional e consumo. Poderia discorrer sobre o processo de amadurecimento institucional do IBRAC e suas principais mudanças desde sua fundação?

Sim, o IBRAC tem sido tudo isso que colocaram acima. Acho que quando idealizei criar o IBRAC em um voo de Brasília à São Paulo e depois pela redação de seu estatuto, ficaram bem claras as palavras que já constam em sua denominação: A) Deve ser BRASILEIRO acima de tudo e continuar sendo uma associação que não tem igual em outro país (está custando para aparecer um igual, até nos Estados Unidos que tem uma tradição e massa crítica de antitruste muitas vezes maior que o Brasil, não existe um instituto, misto de advogados, economistas, acadêmicos e agentes econômicos). B) é um centro de *estudos* e debates e não deve ser um órgão de instrução de jejunos na matéria, pois para esses temos as faculdades, que embora tardiamente, começaram a

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

instruir seus alunos nessa área tão importante. C) Deve-se dedicar tão só aos estudos das *relações de concorrência e de consumo e também à concorrência internacional*, não ao comércio internacional que é algo muito mais abrangente.

Creio que as mudanças que sofreu o IBRAC são aquelas naturais, decorrentes do aumento das atividades econômicas e atendendo a um princípio que sempre achei fundamental, qual seja a sua *independência*, que considero não precisar maior definição e deve ser tomada em todos os sentidos possíveis. Para tanto, mister se faz lembrar aqui que o IBRAC, diferentemente de grande parte das associações, foi fundado formalmente não em uma sala de escritório, mas em uma assembleia com mais de 50 pessoas, representativas de todas as classes previstas: advogados, economistas, agentes econômicos e funcionários públicos ligados à matéria.

E finalmente devo dizer que no crescimento e na direção do IBRAC contamos com um aporte no gênero feminino que muito auxiliou no seu desenvolvimento e devo ainda registrar que o *IBRAC foi a semente para diversas outras associações com os mesmos objetivos, sempre com a nossa liderança.*

CRISTIANE ZARZUR**Como a Sra. chegou ao direito concorrencial? A Sra. enfrentou dificuldades para se tornar sócia de uma grande banca de advogados como o Pinheiro Neto?**

Minha vida acadêmica e profissional foi se delineando ao longo do tempo. Ao contrário de outras pessoas, que admiro pelos dons advocatícios inatos, eu não tinha planos de me tornar advogada. Quando sai do colégio, aos 16 anos, queria ser bióloga e transformar o país pelo seu da biotecnologia, diminuir a pobreza e nas horas vagas me dedicar à botânica e à oceanografia, que sempre me encantaram (e continuam me encantando). Eu estava muito determinada, a despeito do ceticismo dos meus próprios professores do colégio – “já que pensa em Biologia, porque não Medicina?”. Ah, eu tinha e continuo tendo pavor de médicos! Bem, entrei em primeiro lugar na Biologia da Universidade de São Paulo, um orgulho! Cursei dois anos e meu entusiasmo foi aos poucos diminuindo, pela falta de visão pragmática que encontrei naquele meio acadêmico, pela falta de recursos para pesquisas importantes ou talvez eu tivesse uma visão excessivamente utópica (ou, talvez não, continuo achando que investimentos importantes precisam ser feitos em áreas estratégicas da ciência; mas pondero também que talvez eu fosse – e continue sendo – excessivamente pragmática...). Então resolvi pensar em algo diferente e resolvi prestar Direito, estimulada pelo meu pai, mas sem grandes pretensões. Não tinha intenção de abandonar a Biologia, então tendo passado no vestibular para Direito no terceiro ano da Biologia, segui fazendo os dois cursos conjuntamente. Curiosidade: passei nos vestibulares da Universidade Mackenzie e da PUC/SP (não era possível fazer dois cursos na USP), mas decidi pelo Mackenzie porque o campus era mais arborizado...Minha veia bióloga me ajudou na escolha!

Bem, então resolvi trabalhar. Consegui um estágio no Pinheiro Neto no segundo ano da faculdade, após uma breve passagem pelo escritório Arruda Alvim. Isso era 1992. Não havia propriamente Direito

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Concorrencial à época, eu trabalhava em questões puramente contenciosas. Então em 1994 foi promulgada a Lei nº 8.884/94 – e então o Direito Concorrencial no Brasil começou a ganhar força. O sócio com quem eu trabalhava à época começou a captar casos de concorrência e eu era a única estagiária do grupo. Fazia de tudo um pouco, mas comecei a gostar mesmo daquilo que não era propriamente Direito, mas tinha Economia, tinha negócios, tinha um contato muito próximo com os clientes – eu me encantava com cada novo caso e cada novo desafio. E buscava materiais para estudar, porque não havia a disciplina na faculdade, não havia muito material a respeito, Estados Unidos e Comunidade Europeia eram as fontes de casos, legislação, jurisprudência, doutrina. E a cada caso um novo e delicioso desafio.

Aos poucos meu tempo foi tomado pelo Direito Concorrencial, nas suas várias vertentes: investigações, treinamentos de *compliance*, revisão de contratos sob a ótica concorrencial e muito estudo, sempre. Posso dizer que fui afortunada de estar no lugar “certo”, no momento “certo” (e entre aspas, porque não há verdadeiramente um “certo” ou “errado” – a meu ver – mas foi uma oportunidade que me pareceu incrível e a abracei com muito entusiasmo).

Claro que nem sempre foi simples ou fácil. Eu era muito jovem e trabalhava em casos de muita responsabilidade. Mas creio que algumas coisas me ajudaram muito: inequivocamente a estrutura e o apoio do escritório, o trabalho de equipe, a riqueza das discussões e o alto grau de dedicação. Mas mais do que tudo, entusiasmo com o que eu estava fazendo, mesmo nos momentos mais tensos, a sensação de que estávamos construindo algo relevante para a economia e para a sociedade, do jeito correto, em equipes sempre cheias de energia.

Sim, enfrentei dificuldades nessa jornada – e como todos nós, continuo enfrentando. Mas aprendi a lidar com elas e a tomar decisões ponderadas. Buscar uma evolução, mas dia a dia, um crescimento profissional contínuo e consistente. Sempre com atenção para as oportunidades, para as portas que se abrem (e também para as que se fecham, porque ali também há lições). Estudando aqui e fora do País,

trabalhando fora do País, buscando um aprimoramento contínuo. E sempre, sempre com entusiasmo.

Às vésperas de me tornar sócia eu trabalhava intensamente no caso Sky/DirecTV – foram mais de 2 anos de intensa dedicação, exatamente à época em que eu também me casei (2005). Então a gestão das diversas “caixinhas” foi um enorme desafio! Enfim, casei em maio de 2005 e fui convidada à sociedade ao final daquele ano. Foi muito gratificante! Mas com muito esforço, muita entrega e muito apoio, sobretudo familiar, naquele momento e até hoje (caso contrário, tenho dúvidas se conseguiria!). E assim seguimos, sempre em busca de novos desafios, cuidando muito dos clientes e sobretudo da minha equipe, que é meu maior tesouro.

Até hoje, a única presidente mulher do IBRAC foi a Sra. Conte-nos quais foram os principais desafios que a Sra. enfrentou? Na sua visão, há espaço efetivo para participação de mulheres no IBRAC? Ainda é preciso avançar?

Nessa seara eu entrei também bem cedo. Acompanhava as reuniões do IBRAC como assistente, porque não havia, como hoje há, comitês, reuniões abertas, nada disso. Eu ia mesmo por pedir ao meu chefe que me levasse, fui conhecendo as pessoas da área, os “papas” da época: Regazzini, Francisco Magalhães, Francischini, Pedro Dutra...E os mais novos que como eu estavam por ali ávidos por conhecimento e experiência. E fomos criando essa rede de relacionamentos, que hoje se tornou uma rede de grandes amigos (ainda que concorrentes...é até estranho que seja assim!), e com isso passei a participar de uma forma mais institucionalizada do IBRAC, em um primeiro momento como Conselheira, depois com algumas atribuições mais específicas, até ser convidada a ser Diretora, pelo meu querido amigo Marcelo Calliari e mais para a frente, a convite e com o apoio do meu queridíssimo Tito Andrade fui Vice Presidente (2012/2013), assumindo a Presidência em 2014/2015. Posso dizer que a jornada no IBRAC sempre foi muito

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

prazerosa, enriquecedora e divertida. Se houve desafios? Claro que sim! Dentro e fora do IBRAC. Mas essa é a vida, não? Desafios e superação.

Tenho muito orgulho do que pudemos implementar no IBRAC: a semente dos comitês e grupos de trabalho, que se expandiram maravilhosamente para permitir a participação de mais profissionais, de mais jovens, de estudantes, de pessoas de outros estados! Hoje o IBRAC consolidou-se como um órgão absolutamente institucionalizado e aberto, mantendo sempre o bom clima de acolhimento que o permeia desde que comecei a participar de seus eventos.

É muito bom ver que na área concorrencial temos várias mulheres brilhantes. A Barbara Rosenberg foi minha Vice-Presidente e está sempre brilhando em casos, eventos e discussões acadêmicas, Mariana Tavares, Ana Paula Martinez, Leonor Cordovil, Mariana Vilela e tantas outras super profissionais que inspiram novas gerações. Então acredito sim que há muito espaço para mulheres no IBRAC e na área de Direito Concorrencial (que inclui também economistas maravilhosas), mas sempre é preciso avançar. Mulheres na liderança é sempre mais complicado, situação que exige ação e sensibilidade, identificação de vieses muitas vezes inconscientes, para que sempre mantenhamos o espaço aberto para as novas gerações de mulheres talentosas, com novas ideias e novas iniciativas. Mas estamos sim no bom caminho!

A respeito de aquisições envolvendo *killer acquisitions*, a Sra. acredita que operações dessa natureza com impactos no Brasil estejam ocorrendo? Nesses casos, como deveria ser a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”): reprimir a conduta como um ato anticompetitivo ou deverá usar seus mecanismos preventivos de controle de estruturas para evitar desfazer as operações?

O fenômeno que se traduz em grandes firmas incumbentes adquirindo jovens rivais inovadores tem sido observado em escala global e a pergunta que se faz é: devem as autoridades concorrenciais se preocupar?

O fato é que vivenciamos uma mudança de paradigma em vários sentidos, motivada pelo incrível avanço de novas tecnologias. O amplo uso de mídias sociais, o avanço digital que vem transformando indústrias, a impressionante relevância de dados, tudo isso exige a necessária adaptação, não só das empresas, mas também dos sistemas jurídicos, políticos e sociais. Isso porque a maneira como as relações de concorrência se estabelece nesses mercados inovadores é muito diferente do que ocorre nos mercados tradicionais. Há discussões bastante maduras sobre teorias do dano, definição de mercados relevantes, atribuição do ônus da prova em operações que se constroem nesse novo ambiente, onde uma empresa menor, por exemplo com grande acesso a dados, pode se tornar um *player* muito mais relevante do que uma empresa tradicional que registre um faturamento muitas vezes maior.

E é importante colocar que a inovação que provoca essa discussão sobre a necessidade ou não de novos padrões legais de análise concorrencial é vista obviamente em mercados digitais, mas não está limitada a eles. Em um sentido amplo, inovação refere-se ao processo pelo qual novas ideias e métodos são desenvolvidos e convertidos em novos produtos, mais úteis e mais eficientes. Indústrias chave de qualquer economia, portanto, como saúde, setor financeiro, e-commerce e obviamente de tecnologia podem ser ambientes para operações onde pequenas empresas, que ainda estão nos seus estágios iniciais de maturação, mas têm grandes perspectivas de se tornarem *players* disruptivos concorrencialmente, são adquiridas por empresas maiores, incumbentes.

Essas aquisições não necessariamente são prejudiciais à concorrência – e aí se coloca o desafio. Primeiro porque não se sabe se todas essas pequenas empresas de fato se tornarão *players* disruptivos sem os investimentos aportados pela aquisição. Segundo que nem sempre a intenção do adquirente é de fato “matar” um potencial competidor.

Portanto, pode haver uma dúvida razoável – dado o caráter especulativo de qual seria o “futuro” de uma pequena empresa alvo de

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

uma aquisição – se de fato seria necessária uma regulamentação específica de controle prévio de aquisições de *startups* disruptivas que pudesse ser eficiente para se evitar problemas concorrenciais.

Não obstante, em mercados digitais a discussão está bastante mais avançada, no sentido de se considerar uma regulação *ex ante* como necessária para se evitar a continuidade do movimento concentracionista, ou de geração de conglomerados, que se vem observando historicamente nas trajetórias das chamadas Big-Techs: Apple, Microsoft, Amazon, Google e Facebook. Levantamentos indicam que de 1988 a 2020 as cinco teriam realizado mais de 850 operações de M&A. Reflexo dessa discussão, e pioneiro como ato legislativo, está o *Digital Markets Act*, recém promulgada Comissão Europeia (Parlamento e Conselhos Europeus – representando os 27 Estados membros), que visa tornar o setor digital “mais justo e contestável”. O pano de fundo foi a criação de grandes plataformas digitais, que se transformaram em alegados “gateways” para o desenvolvimento e surgimento de pequenos *players*. Segundo o plano proposto, a regulação *ex ante* operará de maneira complementar ao controle *ex post* concorrencial, de maneira a garantir maior efetividade às normas de defesa da concorrência.

Diversas outras jurisdições estão discutindo o tema, como os Estados Unidos, Japão, Austrália e outras, com projetos de lei avançados em análise. No Brasil estamos, até o momento, atentos e cautelosos, tendo o Departamento de Estudos Econômicos adentrado no tema por meio de cadernos de concorrência em mercados digitais, Tribunal e Superintendência Geral igualmente envolvidos na discussão. Creio ser inevitável avançarmos no tema e na propositura de medidas (a decidir se mais ou menos intervencionistas), para que possamos ter espaço e oportunidade para um debate acadêmico e prático amplo sobre o tema – exatamente como se preconiza no âmbito do IBRAC.

DANIEL ANDREOLI

Nos seus anos de atuação com o Direito Antitruste, quais casos envolvendo condutas anticompetitivas que mais te marcaram? O que poderia nos contar sobre acordos firmados em condutas horizontais?

Com certeza o que mais marcou minha atuação foi a participação no início das negociações de acordo de leniências internacionais inicialmente com a Secretaria de Direito Econômico (“SDE”) e depois com a Superintendência-Geral do CADE (“SG”). A primeira leniência assinada foi nacional, sobre o cartel de britas, mas logo em seguida veio a onda de acordos de leniência internacionais. Isso porque houve uma certa resistência inicial aos acordos de leniência não só pelas empresas e indivíduos que participaram do cartel – que consideravam um crime maior que o cartel, o “crime” de delatar seus colegas – como também pelo fato de que uma parte dos colegas atuantes na área considerarem um anglicanismo legislativo absurdo e quicá inconstitucional. Tais colegas hoje já contam com alguns acordos de leniência em seu currículo. Assim, dado que a cultura dos acordos de leniência não era novidade nas principais jurisdições, tais como EUA e Comunidade Europeia, foi natural que, aberta a possibilidade da celebração dos acordos de leniência, as empresas multinacionais puxassem a fila da celebração de tais acordos aqui no Brasil.

Tal esforço foi turbinado após levantamento feito pela SDE de todas as principais investigações internacionais de cartel nos 12 anos anteriores. Por mais que o CADE estivesse atrasado na persecução desses casos – alguns deles já teriam sido julgados em todas as outras jurisdições – foi um movimento importante para demonstrar que o discurso do CADE de persecução de cartéis como sua prioridade não era só um discurso.

Aliás, outro ponto que fez com que o programa de leniência brasileiro entrasse no radar entre as principais jurisdições foi a luta da

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

SDE/CADE para buscar transparência e segurança jurídica para os proponentes. Isso desde o estabelecimento de procedimentos (que no início não existiam) como a concessão de markers. No começo para se obter um marker não era sequer necessária a identificação da companhia. O marker, no começo, servia não só para assegurar o lugar na fila como para a checagem se já havia qualquer investigação em curso no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”) sobre a mesma prática e mercado. Hoje, como sabemos, não há mais a possibilidade de se solicitar o marker sem a identificação do proponente. O que não configura como um problema dada a maior consolidação dos procedimentos alinhados com as práticas internacionais.

Por serem os primeiros casos de acordos de leniência havia uma real parceria entre os proponentes e a SDE. As discussões dos casos por vezes até eram semanais. O programa de leniência brasileiro foi realmente construído não só com as mãos das autoridades como também com as mãos dos advogados.

Sempre, em todas as negociações (e até hoje), um desafio substancial tinha de ser enfrentado: quantos indivíduos deveriam ser incluídos no pólo passivo. Isso porque sempre houve o desafio de citar principalmente indivíduos estrangeiros, o que fazia (e faz) com que os processos levem anos após sua instauração para realmente ter seu início com a apresentação das defesas. Entretanto, havia a crença (e os treinamentos de Compliance assim o confirmam) de que ter indivíduos sendo investigados trazia um efeito dissuasório imediato, dados os impactos não triviais trazidos à reputação dos investigados. Também à época não era uma opção incluir ou não os indivíduos supostamente envolvidos, pois a lei assim o exigia. Houve uma tentativa de se retirar a punição aos indivíduos quando da mudança da lei de defesa da concorrência (que viria a ser a atual Lei nº 12.529/11), mas tal alteração não foi aceita. No começo, até em razão da política de não se deixar nenhum cartel para trás, para que o Brasil fosse priorizado na busca por leniências, brincava-se que se um entregador de pizza tivesse a infelicidade de entregar a pizza no local onde estaria supostamente

ocorrendo uma reunião dos participantes do cartel, ele também seria incluído no processo. Logicamente tais radicalizações não são verificadas constantemente nos casos presentes, mas, na minha humilde opinião, ainda há grandes desafios nesse sentido nos atuais processos administrativos.

Também foi interessante ter participado de questões nunca antes enfrentadas nas negociações de acordos de leniência, quando a proponente é uma *joint-venture*. Houve resistência inicial a se considerar então automaticamente como beneficiárias do acordo de leniência suas acionistas, afinal a interpretação objetiva é a de que só vence a corrida pela imunidade aquele que em primeiro lugar bate à porta da autoridade. Houve grande receio de que aceitar as acionistas de uma *joint-venture* como também as primeiras a chegar seria como abrir uma caixa de Pandora para um mundo de possibilidades de exceções à regra do *first-in*. Com bastante negociação a autoridade se convenceu de que, primeiro, havia uma justificativa objetiva também para abarcar tal situação como única – não estimulando exceções mil dali para frente – e, segundo, de maior cunho prático, não proteger automaticamente as acionistas de uma *joint-venture* seria algo como um autoflagelo que acarretaria certamente no fim do interesse de suas acionistas a dar seguimento à própria *joint-venture*. Nem o mais fervoroso fiel seria capaz de ato tão inconsequente. No fim, a não aceitação da extensão aos acionistas seria a pá de cal sobre qualquer possibilidade de haver um acordo de leniência iniciado no âmbito de uma *joint-venture*. Com tais elementos, foi inaugurada uma nova possibilidade nos acordos de leniência. Esse entendimento foi – como esperado – confirmado pelo Tribunal do CADE.

Outra experiência interessante quanto aos acordos de leniência foi também a propositura de uma dúvida matemática para o CADE diante de uma leniência plus (acordo de leniência sobre outra conduta em troca de uma redução automática de um terço da pena na investigação já em curso sobre outra prática, independentemente de confissão desta prática original). Tudo certo. A interpretação da lei era bastante intuitiva. Entretanto, qual seria então o desconto sobre a potencial multa no

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

processo original se o proponente da leniência plus – investigado no processo original – também decidisse por ser o primeiro proponente de um acordo de cessação de conduta (TCC)? A redução seria então de potenciais 83% (um terço de desconto em decorrência da leniência plus mais os 50% de desconto máximo para o primeiro proponente de acordo)? O problema aqui seria de um estímulo – ao ver da autoridade – exagerado pois não só significaria um desconto de quase a totalidade da penalidade no processo original (parecendo algo como traga uma leniência plus e leve outra leniência para casa) como também poderia haver a interpretação de que uma leniência plus valia mais que uma leniência parcial (quando a autoridade já tem ciência da prática) que dá direito a uma redução de dois terços da multa. Dessas discussões surgiu o nível máximo de desconto nessas situações específicas de 66,67%.

Todas essas discussões serviram não só para nós deste lado do balcão ganharmos experiência como também para o CADE consolidar seus entendimentos traduzidos em valiosos guias (tais como o Guia de Leniência e Guia de TCC), que reduziram a curva de aprendizagem de vários colegas que antes não se debruçavam sobre o tema (seja por convicção diversa seja por desconhecimento) trazendo maior segurança aos seus clientes sobre essa grande possibilidade de defesa e magnífico instrumento de persecução de cartéis pela autoridade antitruste.

Tendo em vista a sua atuação, de 2016 a 2018, como Presidente da Comissão de Defesa da Concorrência e Regulação Econômica da OAB/SP (“CECORE”), diria que a OAB tem voz dentro do Cade? Na sua visão, como a OAB poderia contribuir com o Cade?

Como Presidente – e até antes como Vice-Presidente – da CECORE não só pude testemunhar a abertura e o interesse que o CADE tem em ouvir críticas e, principalmente, sugestões sobre a aplicação da Lei de Defesa da Concorrência segundo os melhores parâmetros mundiais. Mesmo havendo constante possibilidade de melhorias em algumas frentes, é inegável o incomum espaço que os advogados têm em

se manifestar, se comparado com outros órgãos da administração pública.

A CECORE (assim como sempre foi a tônica do IBRAC e mais recentemente da Comissão de Concorrência da ICC Brasil) sempre estimulou o debate de temas desafiadores no CADE. Lembro que a CECORE foi a primeira instituição a se posicionar sobre a necessidade de o CADE atuar mais firmemente – estabelecendo como uma de suas prioridades – a atuação frente a práticas abusivas unilaterais. Foi em um dos seminários de meio de ano (não dá para competir com o tamanho e projeção do evento anual do IBRAC) que inauguramos na nossa gestão que pudemos despertar o interesse que hoje é incontestável (vide a criação de uma coordenadoria específica para condutas unilaterais). O interesse institucional da OAB sempre foi o de ajudar o CADE a seguir sendo uma referência entre as autoridades concorrenciais no mundo.

Para montar o arcabouço infralegal, o CADE abriu para discussões suas resoluções por meio de consultas públicas, tendo a CECORE sempre contribuído para o aprimoramento com suas contribuições práticas. Exemplo maior foi a alteração da Resolução 10 (hoje Resolução 17) que alterou substancialmente a interpretação de contratos associativos. A contribuição da CECORE foi o que norteou a nova Resolução focando na interação entre concorrentes e não mais entre agentes verticalmente relacionados.

Logicamente, alguns desafios daquela época ainda persistem. Como exemplo temos o esforço conjunto da OAB e do IBRAC em apresentar por duas vezes um documento de melhores práticas ao CADE. Tal documento apresentava sugestões procedimentais e administrativas importantes para cuidar de questões cotidianas nas relações entre advogado e autoridade como também para apresentar a visão dos advogados sobre questões procedimentais que poderiam ser objeto de contestação no Judiciário e ser caracterizadas como vícios processuais. Apesar de contraintuitivo, não há o interesse institucional dos advogados antitruste em obter vitórias por vícios processuais no Judiciário, vez que

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

um maior número de vitórias processuais no Judiciário tende a enfraquecer as decisões da autoridade e, por consequente, a atuação na defesa da concorrência. Houve aceitação do CADE para alguns aspectos tal como a modificação das famosas citações ameaçadoras de estrangeiros dando a entender que o investigado se não comparecesse ao processo para se defender estaria automaticamente fichado na Interpol. Outro aspecto foi a disciplina dos conselheiros em registrar seus votos orais proferidos em sessões de julgamento. Na frente administrativa, as críticas sobre a necessidade de criação de mecanismos de pesquisa de precedentes pelo Sei! serviu como combustível para o aprimoramento do CADE na pesquisa jurisprudencial.

Ainda restam desafios importantes, ao nosso ver, de pontos trazidos nesse documento de melhores práticas. Algo que segue constando de todas as defesas administrativas em todos as investigações antitruste, principalmente em casos de cartel, tais como a necessidade de delimitação precisa do objeto da investigação, a individualização das condutas de cada representado principalmente quando da instauração dos processos e critérios para utilização da prova emprestada. Na parte administrativa, seguem algumas preocupações sobre a impossibilidade de se marcar reuniões antecipadamente ao julgamento (e não só na semana de julgamento) e falta de comunicação prévia aos advogados da retirada de pauta de julgamento de alguns processos.

Dito isso, o saldo das interações com o CADE sempre foi e segue sendo positivo. Tal interação segue estimulando a contribuição do IBRAC, da OAB e da ICC Brasil para garantir as grandes conquistas do CADE e em manter o nível de excelência frente aos novos desafios.

Quais os desafios que o advogado brasileiro enfrenta quando tem que trabalhar em parceria com advogados de outras jurisdições?

Lembro do começo da minha carreira no antitruste quando o critério de notificação era que qualquer uma das partes de uma transação (seja o grupo comprador, seja o vendedor) tivesse faturamento mundial

(isso mesmo, mundial e não no Brasil) de R\$ 400 milhões. Não só isso, o controle era *a posteriori* e a análise de atos de concentração não raro durava mais de um ano. Em um mundo em que a grande maioria das jurisdições já adotava o corrente controle prévio, era algo que sim colocou o Brasil no radar das notificações, mas era algo que trazia muitos desafios para explicar todos os aspectos da nossa versão jabuticaba de controle preventivo. A época lembro de sempre torcer para que a transação fosse de notificação em outras jurisdições, principalmente as mais novas como foi o caso em certo tempo da China, para não passar vergonha sozinho na demora da aprovação. Às vezes quando reportávamos finalmente a aprovação da transação o parceiro estrangeiro nem se lembrava direito do caso ou até informava que a empresa já tinha até mudado de dono...

Felizmente, em atos de concentração, após a introdução da Lei 12.529/11 e a organização do CADE para sua aplicação, temos às vezes até a situação inversa, em que o Brasil é o primeiro a aprovar uma transação.

Mas os desafios seguem no front processual, nos casos de investigação de condutas anticompetitivas. Primeiro é o grande número de questões preliminares processuais que são suscitadas nas defesas. É difícil para os advogados antitruste de outras jurisdições entenderem por que essa parte normalmente responde por metade da defesa.

Mas o que maior desafio na interação com os advogados estrangeiros é certamente quando há uma mudança abrupta de interpretação não só quanto às penalidades quanto principalmente com relação às ameaças aos acordos de leniência e TCCs. A falta de segurança jurídica e previsibilidade não só afeta nossa reputação como especialistas na área (pois o cliente sempre nos pergunta porque não previmos isso antes) mas também a reputação do próprio CADE.

A participação constante em eventos internacionais sejam aqueles promovidos pelos advogados – principalmente pela ABA e IBA – sejam os encontros da ICN, como NGA (Non-Governmental Advisor)

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

do CADE é ferramenta poderosa para entender a forma como os advogados de outras jurisdições veem a aplicação do antitruste como também aprender a traduzir e relacionar com aspectos próximos ao que acontece na sua respectiva jurisdição.

Finalmente, é preciso entender que normalmente o advogado de outra jurisdição é aquele que está encarregado de administrar seja as notificações, seja a condução de processos em diversas outras jurisdições. No caso das notificações há casos que testemunhei que foram notificados em mais de 20 jurisdições diferentes. O segredo, então, de um bom relacionamento é trazer a narrativa do problema já com sugestões de encaminhamento para facilitar a decisão. Do contrário, o relacionamento tende a ser realmente único, pois tal advogado não voltará a consultá-lo em questões futuras.

DENISE JUNQUEIRA

Na sua visão, qual será o futuro da prática concorrencial, sob a ótica da advocacia e sob a ótica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”)?

Historicamente, o Direito Concorrencial passou por ampla evolução no cenário brasileiro, desde a criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) em 1962 até a atualidade. Em momento inicial, o panorama normativo referente à defesa da concorrência no Brasil era consideravelmente incipiente, vivenciando relevante modernização com a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 e, mais recentemente, com a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que inaugurou a atual estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”). Nesse cenário, é notório o contínuo desenvolvimento da defesa da concorrência no Brasil, com amplo debate e análise interpretativa sobre novas previsões legais.

Em relação ao futuro da prática concorrencial, tanto sob a ótica da advocacia quanto sob a ótica do Cade, espera-se a continuidade do avanço referente à propagação da cultura concorrencial no país, cada vez mais compreendida como elemento central a ser observado no capitalismo brasileiro. Ademais, é relevante considerar a transformação econômica vivenciada na atualidade, marcada pela disrupção tecnológica, que tende a transformar a atuação dos advogados e das autoridades, além de originar novos temas de debate, como condutas por algoritmos e *killer acquisitions* no mercado digital.³³

³³ Sobre a evolução tecnológica, é possível destacar: (i) iniciativas do Cade, como o Projeto Cérebro destinado à investigação de condutas anticoncorrenciais mediante uso de inteligência artificial para análise de dados; (ii) pesquisas, como o Documento de Trabalho nº 003/2022 sobre “Aprendizado de máquina e antitruste” elaborado pelo Departamento de Estudos Econômicos (“DEE”); e (iii) casos analisados pelo Tribunal do Cade, como consulta acerca da legalidade de sugestão de preços máximos mediante algoritmos.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Sob a perspectiva específica do Cade, há expectativa pela continuidade dos esforços destinados à constituição de ambiente concorrencial saudável e propício ao desenvolvimento econômico, proporcionando segurança e eficiência ao controle de estruturas e de condutas. Dentre os temas, destacam-se: (i) a continuidade do empenho em prol dos acordos de cooperação institucional do Cade com outros órgãos estatais; e (ii) o acréscimo no enfoque quanto às investigações de condutas unilaterais, considerando a criação de Coordenação da Superintendência-Geral destinada especificamente a essa finalidade. Nesse contexto, observa-se a busca pela otimização da alocação dos recursos disponíveis pela autoridade concorrencial.

Sob a perspectiva da advocacia, além de naturalmente acompanhar as tendências impulsionadas pelo Cade, ressalta-se o tratamento de novos temas conectados ao antitruste, que inovam em comparação a perspectivas tradicionais centradas em preço e oferta de bens e serviços. Recebem cada vez mais destaque discussões envolvendo novos temas, como mercado de trabalho e *environmental, social, and corporate governance* (“ESG”), dentre outros. Assim, a advocacia se encontra inserida em ambiente pautado por constante transformação e debate de ideias, simultaneamente moldando e se adaptando às novas realidades de dinamismo e mudanças em velocidade exponencial.

Na sua opinião, o CADE está pronto para ter um Guia de Dosimetria de penas?

Os guias do Cade proporcionam relevantes diretrizes quanto a temas centrais do SBDC, à medida que representam interpretação institucionalizada do panorama jurídico-normativo concorrencial. Ainda que não apresentem caráter propriamente vinculante, os guias existentes consolidam as melhores práticas e a jurisprudência do Cade, de forma que representam segura referência sobre paradigmas decisórios da autoridade antitruste brasileira. Assim, norteiam toda a comunidade antitruste, conferindo segurança jurídica.

Na atualidade, a dosimetria de penas é tema objeto de considerável discussão pelo Tribunal do Cade, sendo continuamente debatida pelos Conselheiros em julgamentos de processos administrativos sancionadores. Nesse sentido, dois aspectos centrais devem ser considerados na elaboração de um Guia de Dosimetria de Penas: (i) contemporaneidade das discussões sobre dosimetria; e (ii) segurança jurídica proporcionada pela publicação de guia.

De um lado, é relevante considerar que o Tribunal do Cade percorre ativo debate quanto à dosimetria de penas. À medida que a dialética avança no Cade, as bases para fixação de diretrizes mediante guia se tornam mais sólidas, de forma que a atual ausência de consenso indica a possibilidade de aprofundamento das discussões sobre o tema, beneficiando seu desenvolvimento. Assim, a imediata criação de Guia de Dosimetria de Penas poderia ser vista como extemporânea.

De outro lado, é essencial que as sanções impostas pelo Cade apresentem elevados padrões de segurança jurídica, observando-se os princípios da transparência e da proporcionalidade. Desse modo, deve haver clareza e previsibilidade por parte dos agentes econômicos quanto à composição das sanções pecuniárias em âmbito concorrencial, sendo indispensável que os critérios para definição de alíquota e de base de cálculo sejam claros e isonômicos. Logo, a criação de um Guia de Dosimetria de Penas poderia contribuir com essa estabilidade, ao passo que orientaria o processo de dosimetria em face dos casos concretos.³⁴

Portanto, entende-se que a criação de um Guia de Dosimetria de Penas seria bastante proveitosa, mas ainda há oportunidade de diálogo por parte do Cade no que diz respeito à uniformização de entendimentos. Esse esforço institucional pode ser efetivamente observado em recentes julgamentos do Tribunal do Cade, quando se buscou definir e

³⁴ Cabe ressaltar a existência de versão preliminar do Guia de Dosimetria de Multas de Cartel, que objetiva precisamente a definição de procedimentos a partir da consolidação da jurisprudência do Cade referente à aplicação de multas em face de cartéis desde janeiro de 2021 a julho de 2019.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

sistematizar metodologias para o cálculo de multas, possibilitando maior consolidação decisória. Assim, no médio prazo, é possível esperar a benéfica publicação de versão definitiva de Guia de Dosimetria de Penas.

Com a pandemia, as pessoas passaram a utilizar cada vez mais tecnologias de informação. Nesse sentido, há muitos desafios para mapear a defesa da concorrência e suas relações com a proteção de dados e defesa do consumidor. A Sra. poderia apresentar a sua visão sobre a intersecção entre esses três ramos do Direito? Qual é a importância do diálogo entre autoridades como Senacon, ANPD e Cade?

Em face da exponencial evolução tecnológica vivenciada na atualidade, resultando em economia altamente baseada na análise de dados e na utilização de tecnologias da informação, onde os dados podem ser equiparados ao novo petróleo, faz-se necessário considerar novos paradigmas em áreas já tradicionais, como o Direito Concorrencial e o Direito do Consumidor, em contraponto a novos temas, como o Direito a Proteção de Dados Pessoais. Dessa forma, o panorama antitruste tradicional é provocado por essas novas estruturas econômicas, tanto sob a perspectiva do controle de estruturas quanto do controle de condutas.

Nesse cenário, a transformação do poder econômico mediante novos paradigmas tecnológicos representa novas configurações e desafios. De fato, é fundamental destacar os inúmeros aspectos positivos decorrentes de tecnologias disruptivas, que apresentam elevado potencial de geração de benefícios sociais. Sem embargo, é igualmente relevante mitigar eventuais problemas e prejuízos tecnológicos, de forma que seja viável garantir efetivo proveito por parte dos consumidores e da sociedade como um todo. Consequentemente, há desafio quanto à definição do equilíbrio entre inovação e segurança, que deve ser ponderado conjuntamente entre Direito Concorrencial, Direito do Consumidor e Direito a Proteção de Dados Pessoais.

Ademais, a intersecção fática entre esses três ramos do Direito impõe a necessidade de harmonização entre as suas diferentes

perspectivas, à medida que uma ação adotada em um dos ramos também pode apresentar efeitos – positivos ou negativos – nos demais ramos. A título elucidativo, sublinha-se a análise sobre dados pessoais a partir de consideração concomitante de questões referentes ao devido controle pelos titulares e à livre concorrência por eles. Assim, requer-se que as soluções jurídicas sejam inerentemente multidisciplinares, para assegurar a convergência de efeitos positivos da intervenção estatal sobre o domínio econômico, haja vista o bem-estar social.

Essencial considerar que a coletividade e os indivíduos coletivamente considerados são os destinatários finais do Direito Concorrencial, do Direito do Consumidor e do Direito a Proteção de Dados Pessoais. Respectivamente, observam-se os objetivos de: (i) assegurar o adequado funcionamento da ordem econômica em prol da coletividade;³⁵ (ii) defender o consumidor como questão de ordem pública e interesse social;³⁶ e (iii) resguardar os direitos fundamentais das pessoas naturais quanto à liberdade, à privacidade e ao livre desenvolvimento da personalidade.³⁷ Nesse sentido, a partir dos objetivos específicos de cada um desses três ramos jurídicos, depreende-se finalidade congruente, que demanda abordagem holística.

³⁵ Vide Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011: “Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e 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. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”.

³⁶ Vide Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990: “Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

³⁷ Vide Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018: “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural”.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

No que diz respeito à estrutura institucional brasileira, observa-se (i) a Senacon como autoridade responsável pela defesa do consumidor, (ii) a ANPD como autoridade responsável pela proteção de dados e (iii) o Cade como autoridade responsável pela defesa da concorrência. Em princípio, as três autoridades apresentam conjunto normativo próprio e campos de atuação autônomos, cada qual com distintas esferas de competência. Não obstante, é fundamental considerar que a realidade social implica a interconexão entre os temas, de sorte que as autoridades não devem atuar de maneira absolutamente isolada, sem qualquer interação.

Com efeito, o diálogo entre Senacon, ANPD e Cade se demonstra bastante positivo e necessário, à medida que possibilita o endereçamento dessas complexas e interdisciplinares questões. Nesse sentido, é possível destacar os acordos de cooperação técnica, responsáveis por institucionalizar o diálogo entre as autoridades e, com isso, proporcionar visão mais holística da temática. Notoriamente, há acordos entre (i) Senacon e ANPD³⁸, (ii) Cade e ANPD³⁹ e (iii) Senacon e Cade⁴⁰, de forma que as três referidas autoridades já apresentam acordos de cooperação técnica entre si.

Dessa maneira, o importante diálogo entre autoridades é facilitado, viabilizando atuações coordenadas, como a recomendação conjunta sobre nova política de privacidade de relevante rede social, elaborada por Senacon, ANPD e Cade, além do Ministério Público Federal. Assim, inicia-se processo de adaptação à nova realidade econômica, que demandará esforços contínuos por parte da comunidade antitruste consoante os avanços tecnológicos.

³⁸ Acordo de Cooperação Técnica Nº 1/2021 – SENACON e ANPD.

³⁹ Acordo de Cooperação Técnica Nº 5/2021 – CADE e ANPD.

⁴⁰ Acordo de Cooperação Técnica Nº 1/2018 – SENACON e CADE.

DIOGO COUTINHO

Na sua visão, qual será o futuro da prática concorrencial, sob a ótica da advocacia e sob a ótica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”)? O mundo vem mudando e a pandemia acentuou o discurso acerca da necessidade de formulação de políticas públicas que levem em conta a coletividade. Nesse sentido, preocupações de governança, ambientais e sociais (ESG) estão na pauta internacional. Na sua opinião, o CADE deveria inserir essa agenda em suas decisões?

Agradecendo o gentil convite para participar deste volume, gostaria de dizer, em primeiro lugar, que o CADE, autoridade encarregada de aplicar a legislação e de implementar a política de defesa da concorrência, é uma agência em permanente evolução e aperfeiçoamento institucionais. É uma ilha de excelência do Estado brasileiro e, por essa razão, tem todas as condições de atuar na vanguarda das transformações importantes pelas quais passa hoje o antitruste “canônico” no mundo. Novas pautas - ESG, aspectos ligados a efeitos distributivos, impactos nos direitos humanos, temas de gênero e raça, considerações de regulação e de política industrial, efeitos nos mercados de trabalho e na vida dos trabalhadores e trabalhadoras, entre outros exemplos - podem sim, a meu ver, ser absorvidas pelo direito concorrencial brasileiro. Tal processo de assimilação, entretanto, é consideravelmente desafiador. Se de um lado a aplicação da legislação não pode ser dissociada da Constituição e de sua interpretação - e, em alguma medida, das políticas públicas existentes -, o antitruste não pode, de outro lado, perder totalmente seu escopo, sua racionalidade e métodos. Se novas visões de mundo e preocupações são inevitáveis e podem ser perfeitamente legítimas, elas devem ser explicitadas de forma transparente e incorporadas de forma adequada. Mudanças nos objetivos da aplicação da defesa da concorrência devem ser, ademais, discutidas à luz das capacidades estatais, assim como dos meios e dos limites existentes. Motivação, consistência jurisprudencial e decisória são

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

chave, segurança jurídica é inegociável. Como, então, trazer novas agendas para a pauta do CADE e, sobretudo, para suas decisões? Penso que a resposta passa pela tarefa árdua de enfrentar, substantivamente, o ônus argumentativo que recai sobre o órgão quando se trata de incorporar novos paradigmas. Vale dizer: é possível (mais do que isso, é preciso) discutir, desde que da forma mais cuidadosa e coerente possível, como certos valores ou imperativos políticos podem ser articulados com a aplicação sóbria da lei concorrencial (ainda que a lei possa, ela própria, ser modificada para tanto). Na definição de variáveis-chave como poder de mercado, mercado relevante, barreiras à entrada, eficiências compensatórias, bem-estar do consumidor, rivalidade, entre muitas outras, é possível extrapolar o referencial neoclássico mais ortodoxo para, de forma criativa e consequente, conectar o antitruste de forma mais orgânica com o direito brasileiro, bem como com novas agendas e projetos progressistas. Mudanças interpretativas, conceituais e jurisprudenciais podem ocorrer – não há problemas a princípio quanto a isso – mas tal coisa precisa acontecer de forma consciente, transparente e democrática.

Para onde caminha a regulação concorrencial no Brasil? O CADE deveria rever seu papel principal de Tribunal e se assemelhar a uma agência reguladora?

O desenho institucional do CADE, previsto pela atual lei, a meu ver ainda está sendo testado. Ele decorre de mudanças feitas em relação às leis anteriores, o que revela um processo de decantação institucional importante, a ser observado e avaliado cautelosamente. Considerando que o CADE é uma autarquia independente, nos limites do direito administrativo brasileiro, entendo que ele já pode ser considerado uma “agência” de defesa da concorrência, mesmo que não leve esse nome. Suas deliberações colegiadas, suas instâncias e ritos procedimentais evidenciam isso. Nesse sentido, entendo ser menos importante a discussão sobre o rótulo ou título, valendo mais a pena falarmos da configuração atual, de seu aperfeiçoamento e de ajustes que podem

ocorrer no decorrer do caminho. Dito isso, entendo que uma regulação concorrencial – ou, se se preferir, a aplicação do direito da concorrência com viés regulatório *ex ante* – pode, a depender do caso e do propósito, vir a ser adotada no Brasil pelo CADE, embora, conforme a intensidade, isso vá demandar mudanças na lei antitruste, atribuição de novas funções ao CADE e, ainda, a criação de eventual nova legislação regulatória. Regulação e concorrência são ferramentas distintas, mas altamente complementares do direito econômico. Acredito, nesse contexto, que a regulação concorrencial é parte da fronteira da defesa da concorrência e tende a ganhar corpo com o avanço vertiginoso da tecnologia. O laboratório para isso hoje são as *big tech*. Mas a regulação concorrencial, vale notar, não se confunde com a interação institucional do CADE (como ele é hoje) com as agências reguladoras para, em atuação coordenada, injetar concorrência em setores regulados.

Uma das discussões mais atuais e também com um olhar para o futuro sobre o Direito Antitruste se refere à análise concorrencial de mercados digitais. Na sua visão, as teorias do dano aplicadas atualmente atendem aos desafios trazidos pelos mercados digitais? Quais são as principais teorias atualmente aplicadas nesses casos?

Em um artigo escrito por Beatriz Kira e por mim, fizemos uma revisão dos casos envolvendo plataformas digitais analisados pela autoridade brasileira⁴¹. Ele mostra que o CADE ainda ensaia articular teorias do dano especificamente desenhadas para lidar com aspectos específicos de plataformas digitais, como os fatos de terem dois ou mais lados e estarem sujeitas à acelerada dinâmica inovativa da internet. O exame da jurisprudência do órgão revela que mesmo em casos em que a SG e/ou o Conselho reconheceram se tratar de plataformas digitais,

⁴¹ KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 9, n. 1, 2021. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/734>. Acesso em: 24 jun. 2022.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

foram seguidos passos de análise de mercados tradicionais, incluindo, entre outros, a identificação de mercado relevante em termos geográficos e de produto, a verificação de sobreposição horizontal ou vertical, e discussão acerca de riscos de fechamento de mercado ou de aumento arbitrário de preços. Nesses casos, a variável preço adquire centralidade. Argumentamos que se faz necessária a atualização das teorias do dano adotadas pelo CADE com o objetivo de sofisticar os parâmetros e elementos de análise concorrencial consolidados ao longo de décadas, bem como identificar incentivos a práticas anticompetitivas peculiares a plataformas digitais. A premissa é a de que a autoridade brasileira, ao usar o referencial de análise lastreado em teorias do dano tradicionais - aplicáveis a mercados analógicos - pode deixar de considerar relevantes riscos potenciais e efetivos à concorrência típicos de mercados digitais. Atualização do portfólio de teorias do dano pela autoridade brasileira seria, assim, um avanço positivo e de relativamente fácil implementação, sem necessidade de mudanças na lei. Com base na literatura, defendemos que um conjunto de teorias de dano aplicável às plataformas digitais deve dedicar especial atenção a pelo menos três conjuntos de problemas concorrenciais. Eles se estruturam em torno de: (i) aumentos de preços não monetários, (ii) redução da qualidade e (iii) redução da escolha e efeitos deletérios na inovação. Beatriz e eu entendemos ainda que é preciso compreender se outros desafios apresentados pelas plataformas digitais, especialmente as *big tech*, exigem mais do que uma mudança de lentes, isto é, se algumas das questões relativas ao seu poder de mercado estrutural e sistêmico podem justificar outras formas de intervenção – sendo a aplicação de um antitruste assimétrico ou o uso da regulação concorrencial exemplos disso. Outras jurisdições já estão pensando em tais soluções, desenvolvendo, criativamente, instrumentos que combinam traços do antitruste com o DNA da regulação.

EDUARDO CAMINATI

Na sua visão, qual será o futuro da prática concorrencial, sob a ótica da advocacia e sob a ótica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”)?

O Direito Concorrencial sofreu – e vem sofrendo – uma série de mudanças desde que efetivamente começou a ser aplicado no Brasil, na década de 90, seja do ponto de vista formal/institucional, seja do ponto de vista material/substantivo. Particularmente, chama a atenção o crescente nível de complexidade das questões concorrenciais que desafiam os operadores do Direito. Mais e mais, demanda-se um conhecimento técnico profundo do Direito da Concorrência, quer sob o viés acadêmico, quer sob a ótica da práxis jurisprudencial. Em ambas as frentes, o olhar não se restringe ao âmbito nacional; cada vez mais, busca-se, nas discussões internacionais, um norte para o enfrentamento das questões antitruste, que se mostram difusas e recorrentemente transfronteiriças.

Temperando a evolução do Direito Concorrencial aplicado, a interdisciplinaridade ganha notável força. Em especial, Economia (incluindo discussões contemporâneas em matéria de *behavior*), Direito Processual Civil, Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Societário, para citar alguns, acabaram por influenciar e vêm enriquecendo discussões e a prática do Direito Concorrencial, como é possível perceber da leitura das mais variadas decisões do CADE.

Com esse pano de fundo, olhar para o futuro e tentar conjecturar como será (ou para onde caminhará) a prática concorrencial não é tarefa trivial; ao mesmo tempo, não se trata de um exercício de “futurologia”. Acredito que temos algumas interessantes sinalizações a partir das colocações acima para esboçar o que seria uma parte desse futuro – que não deixa de ser uma extensão do presente. A meu ver, a prática concorrencial caminha para degraus ainda mais altos de especialização, complexidade e necessidade de um conhecimento ampliado, leia-se, um

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

amalgama com outras áreas do Direito e eixos do conhecimento para se alcançar uma visão sistemática e congruente do todo.

Em outras palavras, aos operadores do direito da concorrência, tanto sob a ótica da iniciativa privada, quanto do CADE, para além de muito estudo, multidisciplinar e de conhecimento científico e jurisprudencial, espera-se uma capilaridade no seu campo de visão para estarem atento aos fenômenos de outras áreas que podem influenciar e desaguar no antitruste (e vice-versa), de modo a contribuir para a identificação dos efeitos que suas decisões podem gerar em outras esferas.

O Sr. acredita que o diálogo institucional do CADE com demais autoridades regulatórias deveria ser aprimorado?

De plano, gostaria de registrar que o diálogo institucional do CADE com as demais autoridades regulatórias (bem como demais órgãos de Estado) já é maduro, eficiente e abrangente, fruto de um valioso empenho dos dirigentes do CADE há décadas. Com efeito, reputo que o CADE é um exemplo de autoridade também nessa frente, viabilizando diálogos transversais saudáveis em prol da defesa da livre concorrência.

O ponto, a meu ver, não é necessariamente aprimorar o diálogo, mas sim mantê-lo forte, vivo e prioritário na agenda institucional do CADE, como se tem na atual gestão do órgão antitruste pátrio.

Como já tive a oportunidade de ressaltar no foro do IBRAC, sob a perspectiva de fomentar diálogos construtivos entre o CADE e outros órgãos de Estado (entre eles as agências regulatórias), o próprio IBRAC desempenha papel de notável destaque. Nesse sentido, por exemplo, cito os inúmeros eventos que são realizados pelo IBRAC, os quais permitiram – e seguem permitindo – uma maior aproximação, bem como espaço de troca e diálogo fértil entre o CADE e outros órgãos de Estado, além da comunidade antitruste em geral, o que contribui de maneira decisiva para a construção e fortificação de pontes entre os entes

públicos, como também oportuniza o estreitamento do diálogo republicano com os entes privados.

Diversos eventos do IBRAC envolvendo CADE, BACEN, CVM, ANATEL, ANTAQ, SENACON, ANPD e tantos outros órgãos serviram – e vem constantemente servindo – de palco para o azeitamento da comunicação entre essas autoridades em prol do estabelecimento e/ou fortalecimento de pontes de diálogo institucional. O CADE soube aproveitar essas oportunidades com maestria, para além de criar inúmeras outras, visando articular e alinhar ideias, estudos, relacionamento e cooperação – ao final do dia, zelando pela defesa da concorrência saudável em suas diferentes manifestações.

O modelo tradicional de advocacia está ultrapassado? Quais práticas oriundas do período de pandemia devem permanecer e quais tendências de organização de trabalho devem ser implementadas?

O modelo tradicional de advocacia, no geral, está amplamente ultrapassado. Afirmo isso sob a perspectiva do modelo de advogada/o “*one woman/man show*”, o qual é cada vez mais datado e, não por acaso, enfrenta crescentemente obstáculos diante de uma sociedade – mundo corporativo – mais estruturada e interconectada em times e equipes. Nesse sentido, o *teamwork* é uma competência determinante e que caracteriza um modelo que suplantou a advocacia tradicional a partir do ponto de vista acima.

Em termos de tendências de organização de trabalho, nada tem sido mais discutido nos últimos meses do que a prática de trabalho remoto/modelo híbrido em contraponto ao formato presencial. Não cabe aqui repetir os pros e contras dessas estruturas, que ultimamente vêm sendo estudadas à exaustão na seara da administração/gestão e tantos outros campos, mas sim destacar que, no meu entender, a flexibilidade do trabalho em local que não a própria estrutura física do escritório ditará o tom, constituindo *framework* definitivo e não transitório. Há nessas

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

estruturas flexíveis, tal como se persegue com o Direito Concorrencial, um atributo relevante da ordem de *bem-estar* dos profissionais que tem sido demonstrado em diversas pesquisas. É um elemento cultivado e que vem sendo demandado pelos profissionais, notadamente em estudos sobre felicidade no ambiente de trabalho.

Sem querer soar uma obviedade, mas cabe entoar: “O mundo mudou!” Não se pode fechar os olhos para o fato de que, *pari-passu*, a sociedade também caminha para uma nova estrutura na qual, de modo ideal, a pessoa possa estabelecer sua vida (incluindo o trabalho) em torno de seu lar e não o contrário. Obviamente, na advocacia não é nem poderia ser diferente. Caberá aos escritórios a missão de encontrar o justo equilíbrio entre o trabalho remoto e a necessária convivência presencial, onde as trocas de ideias, experiências e conhecimentos aconteçam de maneira natural, empática e espontânea.

Para concluir, considerando o “novo” modelo de organização de trabalho, como sempre (desde os primórdios), é esperado do profissional, especialmente os que estão começando a trajetória, uma postura interessada, proativa, diligente e responsável. Acima de tudo, acredito que dois relevantíssimos ativos do profissional nesses novos tempos serão a resiliência e a capacidade de trabalhar em grupo. No meu modo de ver, também é de fundamental importância nas organizações e em seus profissionais a sintonia fina entre *hard skills* e *soft skills*.

EDUARDO GABAN**Como foi o início da sua carreira em Direito Concorrencial? Quais foram os diferenciais que o Sr. considerou relevantes para começar a atuar na área?**

No início do ano de 2000 me matriculei em uma disciplina optativa, aos sábados, na graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Tratava-se da disciplina de Direito Econômico, a qual integrava as então novas disciplinas do gênero Direitos Difusos e Coletivos. A disciplina era uma espécie de tutorial por temas que não integravam o programa oficial da Faculdade de Direito, porém sem nenhum aprofundamento. Foi nessa disciplina, por outro lado, que soube da existência de uma Lei de Defesa da Concorrência (na época, Lei 8.884/94) e do CADE. O mais importante, porém, decorre do fato de que foi por causa dessa disciplina que me candidatei – juntamente com muitos alunos - a passar um mês em Brasília no Programa de Intercâmbio da extinta Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ). Na época, eu era estagiário concursado no Ministério Público do Estado de São Paulo (MP/SP), na área criminal.

Tive sorte e fui selecionado juntamente com outros três colegas paulistanos da PUC/SP para passar um mês em Brasília. Seria minha primeira vez na Capital Federal e minha experiência original com Direito Concorrencial. Cheguei em Brasília em 1º de julho de 2000 e trabalhei por um mês na SDE/MJ.

A partir daí tudo mudou. Voltei para São Paulo e logo recebi uma proposta para trabalhar em um escritório especializado no tema. Fiquei balançado, pois eu gostava bastante de atuar com direito penal, com processo penal, mas, ao mesmo tempo, gostava também das disciplinas de direito comercial (atualmente empresarial) e de direito do estado (constitucional e administrativo). Na época, eu pagava minha faculdade e o dinheiro do estágio no MP/SP era insuficiente para tanto.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Na SDE/MJ percebi que poderia unir as três esferas do direito positivo que mais me encantavam: o Direito Penal, o Direito Empresarial e o Direito do Estado (ou direito público). Desde então, acabei seguindo o fluxo do mercado.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) foi ganhando protagonismo, o CADE ganhou mais visibilidade e mais robustez, e isso também marcou o meu desenvolvimento na área acadêmica. Minha tese de conclusão de curso envolveu o estudo da assimetria de informação como falha de mercado e me rendeu a primeira publicação na já prestigiada Revista do IBRAC: Regulação Econômica e Assimetria de Informação, Revista do IBRAC, 2002. Esse mesmo artigo, posteriormente, fora republicado pela Revista de Direito Constitucional e Internacional, da RT, em 2004, e incluído no acervo de vários tribunais do país, como, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDF).⁴²

Das três vertentes do direito-positivo, acabei elegendo o Direito do Estado, mais precisamente o Direito Constitucional como área de concentração para o programa de mestrado e doutorado em direito. Mesmo assim, jamais deixei as demais para trás, tendo tratado do tema das restrições verticais no mestrado e do monopólio postal, no doutorado, defendido em setembro 2011.⁴³

Embora eu tenha sempre procurado aplicar na prática uma das máximas da microeconomia subjacente à ideia de eficiência, a economia de escopo (à partir da qual eu sempre procurava alcançar sinergia na destinação de minha atenção e energia - isto é, foco nas áreas do direito-positivo pelas quais decidi me aprofundar tanto na perspectiva da operação do direito quanto no plano da ciência do direito), o grande divisor de águas para meu ingresso na advocacia pelo Direito Concorrencial foi um conselho que recebi de minha então querida

⁴² Para íntegra do artigo, acessar: <https://bd.tjdft.jus.br/jspui/handle/tjdft/29543>

⁴³ Para íntegra da tese, acessar: <https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/5662>

professora da disciplina de Direito Civil, Dra. Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade Nery.

Explico: passei parte de minha infância e toda minha adolescência no interior paulista. Fui para a capital estudar Direito na PUC/SP. Meu ideal de carreira era concurso público. Quando voltei da SDE/MJ e recebi proposta para trabalhar em um escritório de advocacia, estava ciente que meus planos para concurso provavelmente seriam afetados e isso me chateava, quando, em uma das manhãs na PUC/SP, a Profa. Rosa me viu cabisbaixo e veio conversar comigo. Da conversa, me lembro da seguinte fala: “Eduardo, realmente, se for seu plano o concurso, não aceite ir para o escritório e passe a estudar mais. Agora, se for para o escritório, não fique triste, você pode ser muito feliz na advocacia. Te aconselho, contudo, a escolher trabalhar com algo que poucos entendam e a falar mais de um idioma, se puder, mais de dois.”

Quais as principais diferenças do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) de agora e do CADE do início da Lei nº 12.529/2011? Na sua visão ocorreu um amadurecimento institucional do Conselho? Destacaria quais frentes que ainda precisam avançar? Na sua visão, quais foram os avanços na jurisprudência nesses 10 anos de vigência da Lei nº 12.529/2011 no que se refere aos casos de *gun jumping*? Quais foram os impactos na aplicação da Resolução nº 24/2019 para os cálculos referentes às multas aplicadas em casos de *gun jumping*?

O conceito de *gun jumping* surgiu com a Lei nº 12.529/2011, que instituiu uma importante mudança na legislação antitruste: o controle prévio de atos de concentração no Brasil. No modelo anterior (Lei nº 8.884/1994), a anuência do CADE era posterior à consumação das operações. Nas hipóteses de imposição de restrições ou até mesmo vetos, a autoridade antitruste enfrentava sérios problemas, já que usualmente lidava com fatos consumados, o que gerava situações de difícil reversibilidade.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Agora, segundo o artigo 88, §§ 3º e 4º, da Lei Antitruste, as operações empresariais de submissão obrigatória não podem ser consumadas antes da aprovação irrestrita do CADE, sob pena de caracterização da infração conhecida como *gun jumping*, a qual pode ensejar na nulidade da operação e na imposição de pesadas sanções pecuniárias que podem atingir o patamar de R\$ 60 milhões.

Se hoje está muito claro o que pode e o que não pode ser feito para se evitar a autuação por *gun jumping*, no início de vigência da Lei o tema causava grande insegurança. Muito embora os artigos 108 e 112 do Regimento Interno do CADE tenham clareado a interpretação do dispositivo legal do *gun jumping*, ainda havia, no início da vigência da lei, grande indeterminação sobre quais cláusulas e quais condutas configurariam a consumação precoce da operação.

Na tentativa de conferir maior segurança ao tema, o CADE publicou em 2015 o “Guia Para Análise Da Consumação Prévia De Atos De Concentração Econômica”. O Guia, de caráter orientativo e não vinculante, coletou boa parte da experiência internacional sobre o tema (leia-se, dos EUA e da UE) e ajudou a esclarecer qual seria a abrangência do conceito de “consumação” e de atos que antecipariam, na perspectiva antitruste, seus efeitos⁴⁴. Além disso, também em alusão à experiência internacional, o Guia colaborou em conscientizar o público local sobre as usuais alternativas contratuais (Protocolo Antitruste, *Clean Teams* etc.) empregadas nas operações de M&A em outras jurisdições para auxiliar as partes a mitigarem riscos de serem autuadas por *gun jumping*.

Com a edição do Guia e com o auxílio da jurisprudência do CADE, ao longo dos últimos 10 anos, foi possível estabelecer a abrangência do conceito de “consumação”, que compreende as situações mais óbvias, como os fechamentos de operações de M&A, às situações

⁴⁴ Dentre as hipóteses que poderiam caracterizar o *gun jumping* elencadas pelo Guia, pode-se citar a (i) troca de informações entre os agentes econômicos envolvidos em um determinado ato de concentração; (ii) definição de cláusulas contratuais que regem a relação entre agentes econômicos; e (iii) atividades das partes antes e durante a implementação do ato de concentração.

menos óbvias, como o compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis fora do contexto de efetivos protocolos antitruste.

Outro avanço considerável da jurisprudência nesses 10 anos de vigência da lei antitruste se refere à instituição de parâmetros objetivos para o cálculo das sanções pecuniárias. Este fato está diretamente relacionado à aprovação da Resolução nº 24/2019, que disciplina procedimentos administrativos para apuração de atos de concentração. Esta Resolução foi a responsável por instituir uma metodologia de cálculo de multa que, na prática, serve como forma de garantir maior segurança e previsibilidade aos agentes quanto à imposição de sanções.

Até a edição da referida Resolução em julho de 2019, o CADE calculava a multa por *gun jumping* com base nas diretrizes gerais previstas na Lei Antitruste para a dosimetria das penas por infração à ordem econômica, quais sejam, a boa-fé do infrator, situação econômica, efeitos econômicos negativos produzidos no mercado, grau de lesão à livre concorrência e reincidência. Até então, a autarquia havia imposto multas por *gun jumping* em 17 operações de M&A. Em dez delas, o valor desembolsado por infratores foi inferior a R\$ 1 milhão; em outros seis casos o valor das multas variou entre R\$ 1 milhão e R\$ 3 milhões; e a multa recorde foi de R\$ 30 milhões.

Na vigência da Resolução nº 24/2019, a multa para os casos de *gun jumping* passou a ser calculada a partir de uma pena-base de R\$ 60 mil, sendo majorada: (i) pelo decurso do prazo, no valor equivalente a 0,01% do valor da operação por dia de atraso, contado da data da consumação até a notificação do ato de concentração ou da emenda, caso houver; (ii) pela gravidade da conduta, em até 4% do valor da operação; e (iii) pela intencionalidade, em até 0,4% do faturamento médio dos grupos econômicos envolvidos, conforme a boa-fé do infrator. No caso concreto, é possível verificar que o CADE aplicou, recentemente, multa

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

no valor de 57 milhões⁴⁵, bem como aplicou, em outro caso, a penalidade no seu patamar máximo⁴⁶.

Em suma, é possível notar um avanço na jurisprudência do CADE nestes últimos anos com o fito de maximizar a eficácia das regras de notificação prévia de operações de M&A de submissão obrigatória, bem como de instituir parâmetros mais uniformes na aplicação de sanções por *gun jumping*. Estes são avanços importantes em termos de segurança jurídica e como forma de maior confiabilidade na própria autarquia.

⁴⁵ Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração n° 08700.003660/2019-85.

⁴⁶ Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração n° 08700.005713/2020-36.

ERIC JASPER

Diversas bancas de advocacia especializadas em direito concorrencial têm sido inauguradas em Brasília nos últimos anos. Como o Sr. avalia a evolução desse mercado e qual é a sua visão sobre a atuação profissional fora do eixo Rio-São Paulo?

Comecei minha carreira em meados de 2002 na filial de Brasília de um escritório de São Paulo. Era nítido que o mercado de Brasília tinha dois tipos de escritório: aqueles que apenas recebiam petições prontas de São Paulo e aqueles que tinham estruturas autônomas em Brasília. Tive sorte de iniciar minha carreira no segundo tipo de escritório.

Com o passar do tempo e, principalmente, com a digitalização dos processos do CADE, o primeiro tipo de escritório se tornou raro. Hoje, as unidades locais de escritórios “de fora” são negócios sustentáveis com equipes capazes de atender diversas demandas, locais ou de outras regiões. Os escritórios brasilienses também se desenvolveram e são compostos por advogados qualificados, inclusive internacionalmente, e capazes de competir com os serviços oferecidos pelas bancas paulistas e cariocas.

O movimento descrito acima somado ao crescimento da área (o mercado jurídico acompanhou o progresso da autoridade a partir de 2003, quando o CADE começa a celebrar acordos de leniência e realizar operações de busca e apreensão) resultou em um maior número de advogados sêniores e sócios jovens em escritórios de Brasília. Alguns desses advogados se arriscaram e abriram suas próprias bancas. Vejo movimento muito similar em São Paulo, onde também houve abertura de escritórios na nossa área.

Por fim, atuar em Brasília não me parece muito diferente do eixo Rio-São Paulo. Os desafios e complexidade dos casos são idênticos e os clientes, por vezes, do mesmo porte. Observo algumas distinções. Escritórios locais conseguem atender clientes de menor porte e pessoas

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

físicas investigadas pelo CADE, fato que acrescenta a necessidade de empatia com a situação da pessoa física investigada e a flexibilidade para se ajustar ao negócio da empresa média e pequena. Há também diferenças culturais que devem ser observadas, pois os escritórios de Brasília tendem a servir clientes do Centro Oeste, Norte e Nordeste, bem como de estados “fora do eixo” no sudeste, como Minas Gerais e Espírito Santo.

Quais as principais mudanças ocorridas no Cade desde o início da vigência da Lei nº 12.529/2011? Houve evolução nas buscas e apreensões realizadas pelo CADE em comparação àquelas que eram realizadas pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) e que o Sr. pode participar enquanto foi chefe da Unidade de Agricultura e Indústria (2004-2009)?

As mudanças foram tão significativas que me concentrei no ponto específico das medidas de busca e apreensão.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência adquiriu poderes para realizar buscas e apreensões cíveis em dezembro de 2000, com a Lei n. 10.149/2000, que alterou a Lei n. 8.884/1994. Se minha memória não falha, a primeira busca e apreensão cível realizada pela SDE ocorreu em 2003 no Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo. Posso dizer, portanto, que acompanhei de perto o aprendizado da instituição de como usar essa ferramenta investigativa.

No início, a autoridade sequer possuía capacidade postulatória. Era necessário localizar representante da Advocacia Geral da União em cada cidade na qual se realizaria uma operação e, principalmente, convencê-lo de que os indícios coletados eram robustos. Somente depois passava-se ao convencimento do juiz. Hoje, como se sabe, o CADE busca o Poder Judiciário diretamente, por meio da sua Procuradoria.

O grau de institucionalização aumentou muito com o tempo. Hoje, a SG-CADE possui uma coordenação dedicada às operações de busca e apreensão e um guia editado em setembro de 2017. O número de

servidores do CADE também cresceu, algo muito diferente do meu tempo, quando tínhamos aproximadamente 30 pessoas e qualquer operação paralisava a SDE por 3-4 dias.

Por fim, apesar de a SDE ter iniciado a utilização de ferramentas digitais, ainda havia preponderância na arrecadação de documentos físicos. As ferramentas digitais disponíveis ao CADE hoje são muito mais sofisticadas, mas o desafio de localizar provas dessa natureza é substancialmente maior.

As duas únicas coisas que não mudaram foram a dedicação dos servidores e os coletes que, ao que parece, a SG-CADE herdou da SDE e continua utilizando. Eu participei da licitação desses coletes e torço para que novos sejam adquiridos em breve.

O Sr. escreveu o artigo “Paradoxo Tropical: a finalidade do Direito da Concorrência no Brasil”, em que analisa precedentes anteriores do Cade para verificar se, a partir deles, é possível identificar a finalidade do direito concorrencial brasileiro. Sua conclusão foi no sentido que a jurisprudência do Cade não foi capaz de articular um objetivo ou conjunto de finalidades para a defesa da concorrência no Brasil. Qual é a sua leitura atual sobre este aspecto? A jurisprudência do Cade avançou nesse sentido?

Preciso registrar o misto de surpresa e felicidade em saber que alguém leu meu artigo. Estou certo de que esse sentimento, sem qualquer ironia, é compartilhado pela maior parte dos acadêmicos, desacostumados com os reflexos desse solitário ofício.

Meu artigo foi escrito em 2019 e tinha um objetivo singular: auxiliar na definição da(s) finalidade(s) do direito concorrencial brasileiro, sob a ótica dos precedentes do CADE e não da doutrina, que é vasta. Trata-se de hábito adquirido no mestrado em filosofia, em especial com o professor Joseph Raz, que tem minha explicação favorita para o papel da filosofia:

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

“[T]er uma definição de algo pode ser muito menos do que ter conhecimento aprofundado da natureza da coisa da qual se tem uma definição. [...] Ter uma definição [...] é compatível com um raso e defeituoso entendimento de seus atributos essenciais, e da natureza daquilo de que se tem uma definição. [...] A filosofia parte do pressuposto que pessoas são usuários competentes de um conceito e tem por objetivo melhorar o entendimento das pessoas sobre esse conceito, por um aspecto ou outro.”⁴⁷

Além do hábito (talvez tique) acima descrito, reverberava em mim o seguinte pensamento de Bork:

“[...] a política antitruste não pode se tornar racional até que nós possamos responder uma pergunta: qual é a finalidade da lei – quais são seus objetivos? Todo o restante deriva da resposta que damos a essa pergunta. O juiz, ao aplicar a lei antitruste, deve ser guiado por um valor ou vários? Se são vários valores, como ele deve decidir casos em que há conflito entre valores? Apenas quando a questão da finalidade do antitruste for resolvida será possível ter uma estrutura coerente de normas substantivas.”⁴⁸

Apesar de não ter atualizado a pesquisa desde que finalizei o artigo, com base no acompanhamento que faço do Plenário do CADE ainda entendo que a discussão acadêmica não se reflete expressamente nos precedentes do Tribunal. Isso ocorre mesmo diante de um aquecimento da discussão no âmbito acadêmico, tanto no Brasil quanto

⁴⁷ RAZ, Joseph. *Two views of the Nature of The Theory of Law: a partial comparison*. Legal Theory 4, Cambridge University Press, 1998., pp 249-282.

⁴⁸ BORK, Robert. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova York: Editora The Free Press, 1993. p. 50.

no exterior, em especial durante o auge da pandemia de Covid-19. Ainda houve outras oportunidades para o referido debate, como os casos de macro delinquência tributária reiterada. No futuro muito próximo teremos as discussões sobre ESG que também forçarão a autoridade a examinar a(s) finalidade(s) da nossa norma.

É claro que cada julgador é, nas palavras de Raz, um usuário competente do(s) conceito(s) que compõe(m) a(s) finalidade(s) do direito concorrencial brasileiro. Também estou certo de que os julgadores refletem sobre o tema quando aplicam a norma aos casos concretos. Contudo, dado que o CADE é um tribunal administrativo e não uma agência reguladora, não apenas a segurança jurídica em sentido amplo, mas em particular a estabilidade da jurisprudência – principalmente diante de uma norma particularmente aberta, como a nossa lei de defesa da concorrência – deveria ser política pública institucionalizada. Maior clareza sobre se o antitruste brasileiro deve se basear em uma finalidade, ter uma finalidade preponderante e outras de menor relevo ou ainda múltiplas finalidades de peso idêntico (e nesses dois últimos casos, como se daria a dinâmica de equilíbrio entre essas finalidades) seria um passo na direção de maior segurança jurídica e estabilidade.

FABRÍCIO CARDIM

Por favor, conte os principais motivos para o Sr. começar a atuar com Direito Concorrencial. Quais são os desafios enfrentados por advogados da sua geração na área concorrencial?

Durante o curso de graduação na Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP), tive o privilégio de ter tido aulas e contato com grandes professores que atuavam em uma fase ainda incipiente da formação do direito concorrencial no Brasil (Fabio Nusdeo, Tercio Sampaio Ferraz Jr., Celso Campilongo, Calixto Salomão Filho, entre outros). As aulas e conversas sempre me despertaram o interesse pela matéria.

Em 2003, por recomendação do Professor Celso Campilongo, participei do Programa de Intercâmbio do CADE (PINCADE), tendo sido alocado no gabinete do Conselheiro Roberto Pfeiffer. À época, o CADE pensava em alterar a interpretação sobre os dispositivos da Lei nº 8.884/94 que tratavam dos critérios de notificação de atos de concentração econômica. Tive, então, a oportunidade de conduzir pesquisas e auxiliar na elaboração do voto que se tornou o precedente e *leading case* sobre a mudança de entendimento do CADE ao passar a considerar o faturamento bruto de empresas ou grupo econômico no Brasil (e não mais no mundo) para fins de atingimento dos critérios de notificação de atos de concentração econômica.⁴⁹

Após o PINCADE, e cumprida a “quarentena”, candidatei-me e fui selecionado para estagiar em renomado escritório de advocacia em

⁴⁹ Ato de Concentração nº 08012.009254/2002-36 (Requerentes: The Carlyle Group e Qinetiq Group plc), Voto de Vista do Conselheiro Roberto Pfeiffer, data do julgamento: 13.8.2003, disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMHuBGENoMrNKz03v8Vo9Z1FnseMaZhHrmJg-7IhhU8KLVP4bbdz4_sR1KD5N_gyWll5bhj8vg9RbeMCCPT_-0F (Documento SEI nº 0319194).

São Paulo, iniciando, então, minha carreira como advogado na área de direito da concorrência.

Ao longo dos últimos 20 anos, tive a oportunidade de exercer diferentes funções em alguns dos principais escritórios de advocacia empresarial do País, envolvendo-me diretamente na estruturação e obtenção de aprovações de diversas transações e negócios de clientes (algumas das maiores operações de fusões e aquisições do Brasil nas últimas duas décadas), além da defesa e representação de interesses de clientes em processos administrativos junto ao CADE, agências reguladoras, e em litígios, arbitragens e disputas administrativas e judiciais.

Ao lidar com uma matéria interdisciplinar e, ao mesmo tempo, específica, acredito que muitos são os desafios dos advogados que atuam na área concorrencial e, em especial, daqueles da minha geração. Em 2020, quando fui selecionado pela *Global Competition Review* (GCR) na publicação “40 Under 40”,⁵⁰ tive a oportunidade de opinar sobre o assunto: “[t]ratando-se de matéria interdisciplinar, o direito concorrencial pode ser fascinante e, ao mesmo, tempo muito desafiador. Ao convergir o direito e a economia, interesses públicos e privados, e estabelecer as regras para mercados funcionarem de maneira eficiente, o direito concorrencial é único nesse aspecto. Assessorar empresas a navegar nas águas agitadas da intervenção do Estado [no domínio econômico] é algo que sempre me atraiu. Atuar com direito concorrencial foi, portanto, uma consequência desses interesses desenvolvidos ao longo da faculdade de direito e da minha carreira.”⁵¹

⁵⁰ Global Competition Review, 40 Under 40 2020, GCR's list of the top young antitrust lawyers in the world, 11.5.2020, disponível em <https://globalcompetitionreview.com/edition/1001485/40-under-40-2020>. O “40 Under 40”, desenvolvido pela prestigiada Global Competition Review (GCR), é uma pesquisa quadrienal que seleciona os principais advogados e economistas na área antitruste no mundo daquela geração.

⁵¹ Global Competition Review, 40 Under 40 2020, Fabricio A Cardim de Almeida, 21.4.2020, disponível em <https://globalcompetitionreview.com/survey/40-under-40/2020/person-profile/fabricio-cardim-de-almeida>.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Nesse sentido, entendo que o maior desafio hoje para o advogado que atua na área de direito concorrencial é ser especialista, sem, no entanto, deixar de ser generalista. Vejo muitos advogados das mais diversas gerações buscando uma especialização - excessiva muitas vezes - na área ou em subáreas do direito concorrencial, porém, negligenciando ou descuidando-se de uma formação mais ampla na área do direito ou mesmo em outras áreas do conhecimento. Entendo que a especialização é muito importante para o advogado que quer atuar na área de direito da concorrência; porém, não será um advogado completo se não estudar lógica jurídica, filosofia do direito (teorias da interpretação e argumentação), direito constitucional, civil, comercial, economia, história, sociologia, finanças, administração, contabilidade, entre outras matérias. Por se tratar de matéria interdisciplinar, a percepção e solução de muitos problemas em direito concorrencial exigem o conhecimento de outras matérias. Vejo, por vezes, advogados especializados na matéria com dificuldades em solucionar problemas ou em inovar (“pensar fora da caixa”) em razão da limitação do conhecimento em outras áreas do direito. Este desafio, a meu ver, transcende gerações, muito embora reconheça que vivemos hoje em um mundo que, via de regra, valoriza mais a especialização do que a formação mais ampla e abrangente em mais de uma área do conhecimento.⁵²

O Sr. foi consultor na Federal Trade Commission. Como foi a sua experiência? Na sua visão, quais são as principais semelhanças e diferenças entre a FTC e o CADE?

Trabalhei como consultor para assuntos internacionais na *Federal Trade Commission (FTC)*, em Washington, D.C., nos EUA, no período de agosto a dezembro de 2014, logo após ter concluído o mestrado (LL.M.) na Universidade de Columbia, em Nova Iorque. A

⁵² Sobre o assunto, v. David Epstein, *Range: Why Generalists Triumph in a Specialized World*, Riverhead Books, New York, 2019.

FTC possui o *Office of International Affairs (OIA)*, que, basicamente, é o departamento responsável em promover cooperação e convergência em torno de melhores práticas junto a autoridades de defesa da concorrência e proteção ao consumidor ao redor do mundo. No OIA, tive a oportunidade de trabalhar em casos concretos sob a análise da FTC em conjunto com a Comissão Europeia (DG Comp), CADE, e diversas autoridades de outros países, além de me envolver em pesquisas, discussões e projetos de política antitruste (*policy*) em suporte a outros departamentos da FTC e do governo norte-americano, e na elaboração e execução de instrumentos bilaterais e multilaterais de cooperação com outros países e entidades (ICN, OCDE, entre outras).⁵³

Em 2014, durante o período em que estive na agência, a FTC completou 100 anos de existência desde a sua criação.⁵⁴ A FTC foi criada em 26.9.1914 com a sanção do *FTC Act* pelo Presidente Woodrow Wilson. À época, havia um movimento político e social muito forte nos EUA em suporte ao incremento do nível de *enforcement* do *Shearman Act* para se combater os grandes monopólios e *trusts* nos EUA.⁵⁵ Nesse sentido, em 1914, além da aprovação do *Clayton Act*, criou-se também a

⁵³ Para mais informações sobre o escopo de atuação do OIA na FTC, v. <https://www.ftc.gov/policy/international/international-competition>.

⁵⁴ Diversos eventos foram organizados em Washington, DC, em 2014, em celebração aos 100 anos de existência da FTC e material diverso sobre o assunto foi produzido. V. <https://www.ftc.gov/about-ftc/history> e American Bar Association, Antitrust Magazine, The FTC at 100: Yesterday, Today, and Tomorrow, Volume 29, Number 1, Fall 2014.

⁵⁵ Atualmente, assistimos a um movimento semelhante ganhar novamente força e se revigorar no contexto de uma economia globalizada e digital, com a aplicação do direito antitruste em combate a oligopólios e conglomerados formados por grandes empresas na área de tecnologia (*big techs*). Sobre o assunto, v. Tim Wu, *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*, Columbia Global Reports, New York, 2018, e Fabricio Antonio Cardim de Almeida, *Neobrandeisianismo e o capitalismo na era digital*, O Estado de S. Paulo, p. A4, 17.5.2022, disponível em <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,neobrandeisianismo-e-o-capitalismo-na-era-digital,70004068073>. Neste contexto, o papel de *enforcement* exercido por agências antitruste independentes, tais como a FTC e o CADE, é central.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

FTC como uma agência independente, “poderosa e *quasi-judicial*”⁵⁶ para trabalhar na missão de combate aos monopólios.

Por sua vez, o CADE foi criado em 10.9.1962, com a promulgação da Lei nº 4.137/62, em momento histórico e econômico distinto, porém, com missão igualmente importante de combate aos monopólios nacionais. Aliás, a própria estrutura do CADE prevista na Lei nº 4.137/62 e, posteriormente, nas Leis nº 8.884/94 e nº 12.529/2011, foi muito pensada por influência da FTC: uma agência independente, com mandatos fixos para Conselheiros, indicados e nomeados pelo Presidente da República após confirmação do Senado Federal.⁵⁷

Essa breve digressão histórica também é importante para entender o atual momento de ambas as agências. Acredito que as principais diferenças entre a FTC e o CADE sejam de três ordens: (i) tamanho e estrutura; (ii) mandatos; e (iii) funções adjudicantes.

Enquanto a FTC possui cerca de 1.123 funcionários *full-time* e orçamento anual de cerca de US\$ 383 milhões,⁵⁸ o CADE possui 492 pessoas (incluindo servidores e colaboradores, não necessariamente *full-time*) e dotação orçamentária anual de cerca de R\$ 53.778.996,00.⁵⁹

Em segundo lugar, ao passo que o CADE possui mandato único e exclusivo de defesa à livre concorrência, a FTC possui dupla missão institucional: promover a livre concorrência e proteger os consumidores, o que também inclui a defesa do direito à privacidade dos cidadãos norte-americanos.

⁵⁶ Gregory J. Werden, *The Foundations of Antitrust: events, ideas, and doctrines*, Carolina Academic Press, Durham, 2020, p. 121.

⁵⁷ Sobre o assunto, v. Mário André Machado Cabral, *A Construção do Antitruste no Brasil: 1930-1964*, Singular, São Paulo, 2020.

⁵⁸ Federal Trade Commission, *Agency Financial Report, Fiscal Year 2021*, disponível em https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/agency-financial-report-fy2021/ftc_fy2021_agency_financial_final.pdf.

⁵⁹ Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), *Relatório Integrado de Gestão, 2021*, disponível em <https://cdn.cade.gov.br/Portal/acao-a-informacao/Transpar%C3%A2ncia%20e%20Prest%C3%A7%C3%A3o%20de%20Contas/Relat%C3%B3rio%20Integrado%20de%20Gest%C3%A3o%202021.pdf>.

Por fim, muito embora a FTC tenha sido concebida com funções adjudicantes, grande parcela do seu *enforcement* ainda depende de execução judicial. Neste aspecto, entendo que o CADE, atualmente, possui poderes ainda mais amplos que a FTC, na medida em que pode tomar decisões efetivas e válidas no âmbito administrativo sem precisar antes de confirmação por um juiz ou Tribunal. No processo administrativo da FTC, os Conselheiros podem até tomar uma decisão final no âmbito administrativo, mas a implementação desta decisão dependerá da apreciação e confirmação por um juiz ou Tribunal.

Trata-se de diferenças importantes que definem o atual momento, protagonismo, estrutura e liderança de cada uma das agências em seus respectivos países e no contexto internacional do direito da concorrência.

Na sua opinião, os parâmetros para a imposição de multas por gun jumping precisam ser aprimorados? Estamos muito atrasados em comparação às jurisdições desenvolvidas?

A introdução do regime de notificação prévia de atos de concentração econômica foi, indiscutivelmente, a principal inovação da Lei nº 12.529/2011.⁶⁰ Desde então, o CADE aprovou dois documentos bastante relevantes para a regulamentação dos dispositivos da lei referentes a *gun jumping*: (i) o Guia para Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica (“Guia”);⁶¹ e (ii) a Resolução nº 24, de 8.9.2019, que disciplina os procedimentos para apuração de ato de concentração (APAC).

⁶⁰ Cf. Fabricio Antonio Cardim de Almeida, Os dez anos da ‘nova’ lei antitruste, O Estado de S. Paulo, 24.8.2022, p. B2, disponível em <https://www.estadao.com.br/economia/antitruste-fusoes-aquissicoes/>.

⁶¹ Disponível em <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/gun-jumping-versao-final.pdf>.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Entendo que hoje o CADE possui ferramental adequado (inclusive ao se comparar com outras jurisdições desenvolvidas) para apurar e investigar a consumação prévia de atos de concentração econômica (*gun jumping*) e para aplicar as penalidades previstas em lei, quando necessárias.

A jurisprudência do CADE também tem evoluído bastante positivamente para reconhecer situações específicas de transações que exijam tratamento diferenciado com relação ao tema de *gun jumping*. No Ato de Concentração nº 08700.005700/2021-48, por exemplo, o Tribunal do CADE, em decisão inédita, e por unanimidade, acolheu o parecer da Superintendência-Geral e deferiu pedido formulado pelas Partes para que a Compradora pudesse exercer determinados direitos políticos sobre a Empresa-Alvo – como forma de proteção de seu investimento através de Oferta Pública de Ações (OPA) – antes mesmo da decisão final do CADE sobre o mérito da operação.⁶²

À título de contribuição, entendo que há 3 temas importantes sobre os quais haveria espaço para desenvolvimento pelo CADE: (i) a implementação de mecanismos mais proativos de busca para a identificação de atos de concentração econômica não notificados (*e.g.*, recursos tecnológicos, buscas em mídia especializada, acordos de cooperação com juntas comerciais); (ii) a revisão/atualização do Guia com práticas e realidades negociais mais próximas do dia-a-dia de operações de fusões e aquisições em curso hoje no País (o mundo dos negócios é dinâmico e sempre há possibilidade de atualização de suas práticas em transações); e (iii) aprovação de nova resolução,

⁶² Ato de Concentração nº 08700.005700/2021-48 (SAS Shipping Agencies Services SÀRL, MSC Mediterranean Shipping Company S.A., e Log-In Logística Intermodal S.A.). V. voto do Conselheiro-Relator Luiz Hoffmann (Documento SEI nº 0999975) e Nota Técnica nº 13/2021/GAB-SG/SG/CADE (Documento SEI nº 0989917), data do julgamento: 13.8.2003, disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?1MQnTNkPQ_sX_bghfgNtnzTLgP9EhbK5UOJvmyesnbE-Rf6Pd6hBcedDS_xdwMQMK6_PgwPd2GFLjH0OLyFeFbrf72hdUojNKOKO-2HEO7qu6pClk6taO37PCNARUc.

estabelecendo critérios mais específicos para a dosimetria de penalidades e cálculo dos valores da multa (muito embora o art. 21 da Resolução CADE nº 24/2019 traga alguns critérios, entendo que ainda há espaço para desenvolvimento). Estas são medidas relativamente simples de serem implementadas, revisadas ou atualizadas, que poderiam contribuir ainda mais para o estágio de desenvolvimento de análise de atos de concentração econômica pelo CADE.

FERNANDO DE OLIVEIRA MARQUES

Na sua época como Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) (julho de 2002 a julho de 2004), quais foram os principais casos que o Sr. julgou? Conseguiria elencar mudanças jurídico-institucionais ocorridas em sua gestão que foram importantes para a evolução da política de defesa da concorrência brasileira?

Um dos fatores que é motivo de muito orgulho do Conselho Administrativo de Defesa Econômica é que a autarquia está em constante evolução, nunca está estagnada e está sempre buscando melhorar, adaptar-se, adotar melhores técnicas nacionais/internacionais e aprender com a experiência nacional/internacional.

Isso é possível, porque o CADE disponibiliza um espaço aberto de discussões muito ricas que geram essa evolução.

No meu mandato eu me recorro que fui o primeiro Conselheiro do CADE que recebeu um Parecer do Representante do Ministério Público Federal, que antes não participava ativamente das decisões do CADE. A entrada do Ministério Público Federal como instituição permanente dentro do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência enriqueceu muito as discussões concorrenciais, elevando o nível técnico e jurídico dos casos analisados.

Essa colaboração do Ministério Público Federal junto ao CADE foi possível, tendo em vista que sempre pontuei a importância da participação/atuação do Ministério Público no que se refere a defesa dos direitos das coletividades (interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos). Sempre procurei promover essa cooperação, com a finalidade de enriquecer as análises e decisões do CADE.

Posteriormente, o representante do MPF passou também fazer defesas orais nas Sessões de Julgamento do CADE, ganhando cada vez mais espaço e importância no CADE.

Outro fato que atribuo grande relevância durante o meu mandato no CADE foram os grandes esforços realizados para o estabelecimento de cooperação de trabalhos conjuntos entre o CADE e as agências reguladoras como ANATEL, ANEL, ANTT, BANCO CENTRAL, entre outros.

Na época participei de diversas reuniões para a celebração de um acordo com o Banco Central do Brasil, inclusive com o então Presidente do Banco Central, Armínio Fraga. Infelizmente, em que pese todas as bases da negociação estarem já praticamente definidas, o acordo não evoluiu em razão da mudança de governo na época.

Conforme demonstrado acima, os esforços, negociações e tratativas para a colaboração das com agências reguladoras com o CADE vem de longa data.

Hoje é possível verificar diversos Acordos de Cooperação celebrados entre o CADE e as diversas agências reguladoras, sendo que tais acordos são de fundamental importância para uma análise mais célere, justa e motivada dos processos submetidos a julgamento do CADE.

Na época no exercício da minha função lembro o caso que analisei os aspectos concorrenciais da hipótese de retorno da Telecom Itália ao bloco controlador da Brasil Telecom. Foi um caso interessante, pois envolveu a Anatel e muita polêmica, foi um caso bastante rico.

Outro caso para ser destacado refere-se à representação protocolizada pela Participações Morro Vermelho Ltda. em face do Condomínio Shopping Center Iguatemi e Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda. A Representante acusava os Representados de conduta contrária à ordem econômica, ao inserir nos contratos de locação das lojas situadas no Shopping Center Iguatemi cláusula proibindo o locatário de se instalar no Shopping Center Jardim Sul.

O Projeto de Lei nº 4323/2019 que tramita na Câmara dos Deputados propõe alterações na Lei nº 12.529/2011, dentre elas, a

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

redução da composição do Tribunal do CADE de 7 membros para 5 membros. Qual é a sua opinião sobre este projeto de lei?

O Projeto de Lei nº 4323/2019 propõe alterações significativas em relação à Lei de Defesa da Concorrência nº 12.529/11

Além da redução da composição do Tribunal do CADE de 7 membros para 5 membros, há também outras previsões de suma importância como: (a) substituto de cargo vago por Conselheiro(a), o qual será escolhido com base em uma lista tríplice de servidores, ocupantes de cargos de direção, chefia ou equivalente, escolhidos e designados pelo presidente da República entre os indicados pelo CADE, (b) os membros do Plenário do CADE, tanto o Presidente como os Conselheiros, deverão apresentar maior rigor técnico para ocuparem tais posições, de forma que deverão ter experiência profissional e formação acadêmica compatível com a matéria, (c) inclui vedações a nomeações de servidores e titulares de mandato do legislativo, pessoas vinculadas a partidos políticos, pessoas que ocupam cargo de direção em organizações sindicais ou associações comerciais, além de “pessoa que tenha participação, direta ou indireta, em empresa ou entidade que atue em setor sujeito à regulação exercida pelo CADE ou que tenha matéria ou ato submetido à sua apreciação, entre outras alterações.

Especificamente no que diz respeito à diminuição dos membros do Plenário do CADE, a inspiração se deu nos modelos utilizados nas agências reguladoras. Cabe notar que o CADE não é uma agência reguladora, mas sendo uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, pode sim aproveitar o modelo das agências reguladoras, para maior benefício e efetividade da autoridade antitruste.

Atualmente o Tribunal do CADE é composto por 7 membros, sendo um o Presidente do CADE e os demais Conselheiros. A proposta é que seja diminuído o Plenário para 5 membros somente.

Como pontos positivos vejo uma grande possibilidade de economia dos custos de funcionamento do CADE, que podem ser realocados para outras áreas de atuação do CADE. Além disso, em que

pese a complexidade dos casos analisados pelo CADE, que envolvem tanto questões jurídicas como econômicas, a princípio não vejo prejuízos nos julgamentos dos casos, tendo em vista a diminuição do número de processos em cada gabinete do tribunal do CADE.

Importante mencionar, porém, que a demanda de trabalho no CADE é imprevisível, de forma que em momentos de fluxo de trabalho mais intenso, pode haver uma sobrecarga dos funcionários do Plenário.

De outro lado, a diminuição do número de Conselheiros no Tribunal do CADE pode trazer menos riqueza aos debates no CADE, principalmente em relação a questões complexas que ainda apresentam divergência no Tribunal.

No que se refere ao substituto para cargos vagos no Tribunal do CADE, tal previsão foi aventada tendo em vista a falta de quórum para julgamento dos casos por aproximadamente 3 meses durante o ano de 2019. A paralisação dos julgamentos no CADE por falta de quórum prejudicou diversas empresas que tiveram atrasos na análise de operações de concentração, principalmente.

Nesse sentido, a previsão do(a) substituto(a) será muito importante e válida para não haver prejuízos para os agentes econômicos no que diz respeito à celeridade de análise dos casos.

Por outro lado, considerando a importância de um(a) Conselheiro(a) do CADE, o servidor que ocupar o cargo provisório, em que pese ser de nível hierárquico de direção ou chefia escolhido pelo Presidente da República a partir de uma lista tríplice indicada pelo Tribunal, não terá passado por todo o crivo e filtros legais que um(a) Conselheiro(a) passa, como aprovação no Congresso e sabatina.

Além disso, a presença de votos diferentes, apesar de poder trazer maior riqueza ao debate, pode gerar certa insegurança jurídica para os agentes econômicos e dificuldade na consolidação de precedentes sólidos ao CADE.

No que diz respeito aos novos critérios para nomeação dos Conselheiros e Conselheiras, tal medida garantirá um maior perfil

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

técnico aos indicados, de forma a aumentar a qualidade, celeridade e efetividade das decisões do CADE.

Diante do exposto, considero importante sempre analisar tanto os prós e os contras das alterações legislativas, com a finalidade de sempre buscar aprimorar o direito da concorrência.

Especificamente sobre o referido Projeto de Lei, entendo que as intenções são positivas e que trazem maiores benefícios e evoluções para o CADE, agentes econômicos e consumidores.

Em entrevista publicada em obra editada pelo IBRAC em 2009⁶³, o Sr. indicava que a lei antitruste poderia ser aperfeiçoada, por exemplo, pela ampliação dos prazos dos mandatos dos Conselheiros do CADE (à época, com duração de dois anos). Uma reforma realizada pela Lei nº 12.529/2011 foi justamente a ampliação do prazo dos mandatos para quatro anos, vedada a recondução. Após uma década de vigência do atual desenho institucional, qual a sua avaliação? Há espaços para aperfeiçoamento?

Continuo com o mesmo entendimento de 2009. Considero que um mandato de somente 2 anos pode não ser o suficiente para gerar e colher bons frutos, tendo em vista que o tempo passa rápido.

Além disso, questões importantes que são discutidas no Plenário do CADE precisam de tempo de discussão, maturação para se chegar em um precedente sólido, fundamentado e motivado. Muitas vezes em 2 anos todo esse processo de formação de jurisprudência não é suficiente.

Ainda considero adequado o mandato de 4 anos sem a possibilidade de recondução, tendo em vista que longos períodos de pessoas no poder apresentam maiores chances e possibilidades de gerar conflitos de interesses legítimos ou não.

⁶³ DUTRA, Pedro (org.). Conversando com o Cade. São Paulo: Editora Singular, 2009. p.201.

É importante buscar um equilíbrio entre segurança jurídica, tempo razoável e adequado para a colheita dos frutos de cada mandato e ainda assim evitar a possibilidade de abuso de poder. Ou seja, a duração do mandato deve ser pensada com a finalidade de assegurar autonomia política, previsibilidade e segurança jurídica nas decisões da autoridade de defesa da concorrência.

Cabe mencionar ainda que, além da alteração já aplicada do mandato dos Conselheiros do CADE para 4 anos sem recondução, está em tramitação a PL 4323/2019, a qual prevê que o mandato do Superintendente-Geral será equiparado ao atual mandato dos Conselheiros.

Nesse sentido, entendo que a experiência do mandato de 4 anos dos Conselheiros foi positiva e deve ser aplicada também ao Superintendente-Geral do CADE, cargo esse tão importante no âmbito do Sistema de Defesa da Concorrência no Brasil.

GABRIEL DIAS

Na sua visão, qual será o futuro da prática concorrencial, sob a ótica da advocacia e sob a ótica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”)? Quais deverão ser os grandes temas da agenda de *enforcement* concorrencial para os próximos anos?

Em relação ao CADE, parece-nos que sua evolução temática se dá sempre a partir de duas vertentes, i.e. à luz de tendências internacionais da economia, assim como por conta de demandas urgentes de natureza muito local.

Assim, d’um lado, como de resto ocorre com as mais diversas autoridades internacionais, deverá o CADE no futuro se aprofundar e trilhar o próprio caminho em relação a todos os temas derivados d’uma economia que mundialmente gravita cada vez mais em torno de ferramentas e instrumentos digitais, com decisões empresariais e políticas comerciais calcadas em *big data*, algoritmos e etc. Há aqui enormes desafios técnicos e escolhas importantes acerca de conceitos cruciais ao *enforcement* concorrencial, como, por exemplo, qual a melhor definição de mercado relevante, como melhor definir barreiras à entrada em tais casos, qual o grau de rivalidade existente, quais são, de fato, as eficiências de determinadas práticas *versus* riscos de fechamento de mercado e etc.

D’outro lado, porém, toda autoridade concorrencial – e no Brasil não é diferente – se movimenta igualmente a partir de queixas muito locais. Nesse passo, o CADE continuará sempre investindo muitos recursos na investigação, análise e julgamento de casos ligados a mercados – mais ou menos – tradicionais, a depender do seu funcionamento – mais ou menos – competitivo em um determinado momento histórico, com reflexos diretos à sociedade. Note-se, a título de ilustração, a energia aportada pelas autoridades nacionais nos últimos tempos sobre temas como combustíveis líquidos e GLP, os quais poderiam ser considerados como pertencentes à velhíssima economia,

mas lidam com a temática “energia” e, por conseguinte, impactam diretamente a vida de toda nossa sociedade, exigindo atenção diuturna, sobretudo em um cenário de saída da pandemia (COVID-19), com alta carga inflacionária.

Com efeito embora se fale muito em autoridade concorrencial como implementadora de políticas públicas, a verdade é que, na prática, o CADE, em grande medida, vem moldando a sua história tendo em vista a entrega de soluções concretas a problemas reais que – mesmo sem o seu envolvimento primário – bateram com força à sua porta. E se isto parece inegável, cabe aqui a reflexão de que, talvez, mais importante do que nos focarmos nos próximos grandes temas que deverão impactar o *enforcement* concorrencial, seria fundamental cuidar do fortalecimento institucional e técnico da instituição. Um CADE forte em recursos, com corpo de funcionários altamente preparado e motivado, cioso de sua competência e papel na sociedade, estará sempre pronto para avançar e lidar com qualquer temática. Trata-se, ao que nos parece, uma fórmula válida tanto ao presente quanto ao futuro.

Sob a ótica da advocacia, assumindo que somos, na melhor tradição romana, solucionadores de problemas frente à inevitável impossibilidade de *non-liquet*, parece-nos que, procedimentalmente, a evolução do Direito Concorrencial passará por uma litigiosidade cada vez maior. Cada vez mais se buscará o Poder Judiciário, tanto para ações indenizatórias (individuais ou coletivas), quanto para lidar com discordâncias às decisões administrativas do CADE.

Além disso, em termos de campo material, viverá o advogado da área concorrencial, assim como descrito para o caso da autoridade concorrencial, em um constante movimento pendular, ora se dedicando a temas – por assim dizer – da “pós-modernidade”, advindos de mercados absolutamente novos (mundo digital), ora se atendo a questões absolutamente tradicionais, que, ao estilo “a volta dos que não foram”, surgem na sociedade como foco de problema e com grande repercussão social (e.g. temas relacionados ao mercado de combustíveis líquidos, infraestrutura e etc.).

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Considerando a lei antitruste atual, cuja vigência celebrou 10 anos em 2022, haveria algum ponto de atenção para potencial reforma da legislação, vis-à-vis o contexto institucional das autoridades antitruste mais tradicionais/consolidadas?

Primeiramente, há uma sugestão que sempre repito em alguns fóruns, qual seja, a da pertinência de se criar no Brasil uma Comissão junto à CAE (Comissão de Assuntos Econômicos) no Senado Federal, formada por notórios acadêmicos e *experts* da sociedade civil, restando, de modo formal e regular, especializada em analisar a atuação do CADE durante aquele ano, verificando, em particular, pontos importantes do seu mister, como, por exemplo, celeridade, efetividade das decisões, setores alcançados, repercussão das decisões junto ao ambiente econômico. Seria como ocorre, na Alemanha, com a chamada *Monopolkommission*, ou, nos EUA, com as famosas inquirições congressuais.

Parece-nos isto que geraria, ao longo do tempo, um relacionamento profícuo e mais íntimo entre a Autarquia e o Congresso, dando maior visibilidade ao tema concorrencial e justamente asfaltando o caminho com dados empíricos para eventuais sugestões de mudança legislativa.

Em segundo lugar, duas alterações procedimentais poderiam ser muito úteis à sociedade e ao *enforcement* concorrencial. A uma, trata-se da revisão, ao menos a cada biênio, dos parâmetros quantitativos do artigo 88 e ss. da Lei Concorrencial, abrindo espaço para que o CADE se dedique àquelas operações que realmente deveria importar à nossa sociedade. A duas, parece-nos que os prazos dos procedimentos administrativos (art. 53 e ss. da Lei Concorrencial) deveriam ser claramente tratados como prazos próprios, sem possibilidade de prorrogação constante. Ainda que, em tal hipótese, fosse necessário alargar um pouco os prazos previstos hoje em lei, teríamos, no fim do dia, um ambiente de maior certeza jurídica sobre a duração do feito, eliminado, de parte a parte, incentivos perversos para a alongada duração do processo.

O *open banking* é uma regulação recente. É possível vislumbrar aprimoramentos dessa regulação? De que forma o direito concorrencial interage com essa política?

Como se sabe, o *open banking* se notabiliza pela padronização dos dados de clientes, os quais, uma vez padronizados e compartilhados, tornam verdadeiramente possível uma maior portabilidade da conta dos clientes entre bancos, bem como para que os produtos e serviços bancários atendam às necessidades do público de forma personalizada.

Afora as questões de LGPD, é óbvio que o *open banking* pode melhorar a avaliação de crédito dos indivíduos e estimular a competição no sistema financeiro, com produtos mais adequados e baratos.

Nesse particular, parece importante que BACEN e CADE estejam, ombro a ombro, discutindo e trabalhando juntos para identificar, através da avaliação de dados empíricos sobre o funcionamento atual e implementação do *open banking*, oportunidades para aprimoramentos na regulação do BACEN. Do lado do CADE, tal atividade é possibilitada, por exemplo, pela análise de atos de concentração no setor bancário, imaginando que ao cliente deve-se garantir cada vez menos custos de mudança.

JOSÉ DEL CHIARO FERREIRA DA ROSA

Desde o início de sua atuação no Direito Concorrencial o quanto o Sr. diria que a advocacia na área do Direito Concorrencial mudou? Como o Sr. avaliaria o papel do advogado concorrencial atual, mais incentivador de um deslinde eficiente de um caso concorrencial em termos de bem-estar no mercado ou mais atendo aos interesses privados de seu cliente?

Iniciei os estudos do Direito Econômico no final dos anos 1980 e, desde 1990, venho atuando no Direito Concorrencial. O Direito Antitruste, por vários anos, ficou congelado em razão de medidas legais que inviabilizavam a investigação de práticas concertadas. Existia o Conselho Interministerial de Preços (CIP), que, por intermédio dos representantes de diversos setores, autorizava os reajustes de preços. Isso fomentava a discussão, em especial nos sindicatos da indústria, dos preços praticados e das planilhas solicitando os efetivos reajustes de preços. A atuação do CIP, criado em 1968, inclusive, acabou por incentivar a cultura da discussão de preços entre concorrentes. Em outras palavras, se não criou, difundiu e consolidou a cultura do cartel em muitos setores.

No início dos anos 1990 essa era a realidade a ser enfrentada: mudar a cultura e reestabelecer a economia de mercado nos termos definidos pela Constituição de 1988, para assegurar a livre iniciativa. Advogar no Direito Concorrencial era algo quase inédito, não obstante a existência do Conselho Administrativo de Direito Econômico (CADE) e a Lei 4.137/1962, sob a qual se decidiram poucos processos antitruste.

Contavam-se nos dedos de uma mão os advogados vocacionados ao Direito Antitruste, sendo dois que merecem destaque: Carlos Francisco de Magalhães e José Inácio Gonzaga Franceschini. Naquela época se buscou incentivar a cultura da concorrência, e as faculdades que não tinham o curso de Direito Antitruste com o tempo foram percebendo a sua relevância e a sua importância. A partir de 1994, com o advento da nova Lei da Concorrência (Lei 8.884/1994), o Direito

Antitruste passou de fato a caminhar. O CADE foi reestabelecido e começaram a se analisar tanto condutas quanto, principalmente, atos de concentração. As faculdades começaram a ter o curso, o interesse pelo Direito Antitruste começou a ser uma realidade; hoje são vários os colegas que militam na área, e quase todos os escritórios possuem um especialista.

O papel do advogado concorrencial mudou com o tempo. De início era quase que necessário explicar, dentro do contexto da nossa prática, o que era o Direito da Concorrência. Definir o que era um mercado relevante, conversar com as autoridades no sentido de ir dialogando e construindo conjuntamente essa cultura. Com o passar do tempo, surgiram as faculdades, o interesse e a evolução. Os advogados de hoje estão efetivamente preparados, participam de eventos internacionais, fazem cursos no exterior, atuam com um dinamismo muito grande. São colegas que de fato conhecem a fundo o Direito Concorrencial.

Ao longo dos anos alguns atos de concentração de grande impacto na mídia ajudaram a projetar o Direito Concorrencial e a difundir a importância dos órgãos de defesa da concorrência, em especial o CADE, para a sociedade. Alguns desses casos foram a fusão Brahma-Antártica, criando a Ambev, em 2000; e o caso da Rhodia-Ster, em 1994, um dos primeiros sob a então nova Lei de Defesa da Concorrência. Também foram relevantes o caso da compra da Garoto pela Nestlé, em 2002; e o processo entre Phillip Morris e Souza Cruz envolvendo condutas unilaterais, casos que, à época, concorreram entre os melhores do ano pela Global Competition Review (GCR).

A adequada decisão de um caso antitruste pressupõe tanto a avaliação do bem-estar para o mercado quanto também o interesse do cliente do advogado. É exatamente do equilíbrio entre o interesse do cliente e o bem-estar do mercado que surgirá uma decisão adequada e justa. Isso vale tanto no que diz respeito às concentrações de empresas quanto à aplicação de penalidades às práticas anticompetitivas.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O Sr. foi secretário nacional de Direito Econômico no início dos anos 1990, quando da sanção do Código de Defesa do Consumidor. Poucos anos depois foi editada a Lei 8.884/1994. Gostaria que o Sr. fizesse um balanço da coexistência dos sistemas de defesa do consumidor e defesa da concorrência nessas últimas três décadas.

Em 1990 surge a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), exatamente para promover a defesa da ordem econômica. Cabia a ela orientar, coordenar e articular os órgãos da administração pública quanto à efetivação de medidas para a proteção e defesa econômica, divulgar e fomentar a cultura de defesa da ordem econômica. Para essa pergunta vale destacar dois órgãos fundamentais da SNDE: o Departamento Nacional de Proteção e Defesa Econômica, no qual se achava o CADE, e o Conselho de Defesa dos Direitos do Consumidor.

Foi um momento tumultuado o começo dos anos 1990. Fomentar a cultura do livre mercado, consolidar o entendimento de que concorrentes não poderiam mais conversar sobre preços e promover a defesa dos direitos do consumidor eram grandes desafios. O consumidor seguro de seus direitos é talvez o principal instrumento de proteção da ordem econômica.

Em 1990 também foi bastante trabalhado e discutido, no âmbito do Congresso Nacional, com o suporte de várias entidades consumeristas e de governos estaduais e da própria SNDE, um esforço para a aprovação do Código de Defesa do Consumidor, que foi sancionado para início de sua vigência em 1991. Na defesa da ordem econômica a Lei Antitruste começou a ter força e grande apelo a partir de 1994, com o advento da Lei 8.884/1994. Naquela oportunidade se priorizaram os atos de concentração.

O Código de Defesa do Consumidor foi muito bem recebido. O consumidor passou a ter prerrogativas e direitos que décadas antes eram ignorados, seja pelo governo que ditava regras, seja por fabricantes que não se preocupavam com informações necessárias, com prazo de validade, com efetivas garantias etc. Fortalecem-se, nesse contexto, os

órgãos de defesa de consumidor, como os Procons estaduais e municipais e os Ministérios Públicos estadual e federal, e uma coordenação muito bem executada pela Secretaria Nacional de Direito do Consumidor — antes Departamento Nacional de Defesa do Consumidor —, que surge quando da aprovação do Código de Defesa do Consumidor.

A evolução foi muito rápida. O Código de Defesa do Consumidor implementado é uma realidade. Existem entidades que também merecem destaque, como o Instituto de Defesa do Consumidor (Idec), que batalhava desde antes da aprovação do Código e era muito forte no Conselho de Defesa do Consumidor. O Idec atuou amplamente no Congresso Nacional e hoje é uma entidade que realmente protege os direitos do consumidor.

Por outro lado, o CADE também foi evoluindo. Passou a se preocupar também com as condutas unilaterais, com as práticas de exclusividade, com os cartéis, e aqui surgiram importantes mecanismos. Desde o mero combate a cartel — muitas vezes sem provas no início dos anos 1990, apenas com indícios que nem sempre correspondiam a efetivas provas segundo o rigor técnico que hoje o CADE exige — até o surgimento da figura dos acordos de leniência. Por meio desses acordos se desestimulou e se incentivou que os cartéis fossem informados e denunciados à autoridade concorrencial. Os acordos também viabilizaram o perdão criminal e de multas, mas, acima de tudo, o requerente beneficiado pela leniência era obrigado a levar informações concretas da existência do cartel, provas que, de fato, correspondessem à existência da conduta. Documentos, e-mails, datas, nomes — tudo isso integrava o pacote da leniência. Essa foi a grande alavanca de crescimento das investigações de cartel pelo CADE.

O CADE também nesse período foi editando cartilhas. Surgiram, nesse período de 30 anos, entidades como o Instituto Brasileiro de Estudos da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (Ibrac), que cuidava tanto da concorrência quanto do consumo, e que desde seu início promoveu seminários, buscou trazer informações sobre a concorrência, sobre o Direito do Consumidor e é

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

hoje reconhecido como uma das principais, senão a principal entidade representativa nos estudos de concorrência e consumidor.

Nesse período surgiu também a nova Lei Antitruste (Lei 12.529/2011); com ela foi se aperfeiçoando cada vez mais o CADE e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência como um todo. Quando se olha para trás e se verifica o que existia, fica difícil imaginar que ao consumidor não eram assegurados direitos básicos e fundamentais como os que ele tem hoje: ter uma garantia de consumir produtos saudáveis, de baixo risco. Tudo em função de uma lei que trouxe esse conforto, essa prerrogativa ao consumidor, e ajudou a fortalecer a qualidade dos produtos e serviços disponíveis no Brasil. A Lei da Concorrência tem tido um papel cada vez mais crescente no combate ao abuso do poder econômico, e passou a criar também a sua jurisprudência que mantém também a sua evolução.

A certeza de que nesses 30 anos tivemos essa evolução é o reconhecimento de que o CADE é uma das principais autoridades antitruste do mundo, tendo recebido, inclusive, diversos prêmios internacionais, até como melhor agência.

Na sua opinião, o CADE evoluiu nas discussões envolvendo sanções por infrações concorrenciais?

O CADE vem numa evolução constante. Entre o início dos anos 1990 e 1994, teve uma operação limitada. Ele passou a funcionar mais efetivamente em 1994, quando se voltou a analisar as questões concorrenciais. Prevaleceu a análise de atos de concentração em detrimento de condutas. Com o tempo, o controle de condutas foi ganhando relevância, veio o instrumento dos acordos de leniência, e pode-se dizer que o CADE hoje é um das principais autoridades de defesa da concorrência em termos mundiais. Suas sanções são severas, e as multas aplicadas são realmente penalidades que fazem potenciais infratores refletirem antes de se adotar uma prática anticoncorrencial. O CADE nesses 30 anos conquistou um espaço que merece todo destaque.

Todos que por lá passaram ajudaram nessa construção – construção esta que ainda continua.

JOSÉ INÁCIO GONZAGA FRANCHESCHINI

Por favor, conte-nos um pouco por qual motivo o Sr. começou a trabalhar com o direito concorrencial.

Alguns diriam que meu envolvimento com o Direito Concorrencial seria *maktub*, tinha que ser, a força do destino. Eram os idos de 1973, março, mais precisamente, eu recém-formado e recém-contratado por Demarest e Almeida (do qual me orgulho de ter sido sócio por mais de quinze anos). Um dos sócios do escritório, Dr. Altamiro Boscoli, um dos mais brilhantes advogados que conheci, acabara de receber uma consulta de um cliente, uma multinacional norte-americana, que indagava se havia uma Lei Concorrencial no Brasil e como seria ela.

Estávamos em plena época do Governo Militar, quando a Lei Concorrencial, embora formalmente em vigor desde 1962 (Lei 4.137/62) era, virtualmente, letra morta. Existia o CADE, que “funcionava” no Rio de Janeiro (Av. Nilo Peçanha, 50), mera fantasia e cabide de políticos aposentados diante de uma política governamental fundada na intervenção do Estado na Economia, sendo os preços controlados por um órgão governamental (o CIP). Um órgão, em realidade, “para inglês ver”.

Não havendo, por óbvio, quem tivesse conhecimento de causa sobre a matéria no escritório, houveram por bem determinar ao jovem advogado que fosse estudar o assunto e respondesse à consulta. E assim foi. A resposta foi simples: sim, existe, porém era lei “que não pegara”. Para se ter ideia, naquele ano, por coincidência, me foi destinado cuidar de um Processo Administrativo, meu primeiro, tombado sob o número 10 (dez). Ou seja, tendo o CADE à época cerca de onze anos de existência, a média anual de processos era de menos de um por ano.

Mas, por obra do Divino, por alguma razão desconhecida, minha curiosidade foi então despertada. Nunca mais deixei o tema e passei a estudá-lo, pelo qual me apaixonei (até hoje).

O Sr. atuou em alguns dos primeiros casos de análise antitruste no Brasil e tem se dedicado em sistematizar as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) desde a década de 1970. Considerando as três leis antitruste específicas (4.137/1962, 8.884/1994 e 12.529/2012), como o Sr. vislumbra o desenvolvimento jurisprudencial do Cade a partir de cada momento legislativo?

A sistematização das decisões do CADE se iniciou logo ao início de minha carreira e por motivo singelo.

No plano organizacional e técnico contei com o aprendizado de meu eterno mestre, meu Pai, Des. José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, que, como magistrado, havia publicado inúmeros compêndios de jurisprudência sobre temas diversos, tanto criminais quanto cíveis, notadamente títulos de crédito e Direito de Família, e ainda falimentares.

Na prática, me indignava a “atuação” do CADE em seus primórdios, onde o Direito era apenas roupagem formal, e as decisões eram praticamente amadoras em seu conteúdo, proferidas em geral de acordo com interesses políticos e, desse modo, muitas vezes contraditórias entre si. Mesmo porque se tratava de um órgão desconhecido tanto da Academia, quanto do público e mesmo dos meios jurídicos.

Daí eu ter resolvido “pôr ordem na casa”, tornando públicas todas as decisões e assim dando luz às contradições e vícios antes ocultos. Talvez tenha chegado tarde, posto que meu primeiro repertório, editado com primor inusitado pela Editora Revista dos Tribunais, levou quase dez anos entre compilação e publicação. Mas fui testemunha, porém, em meados da década de 80, do desalento de muitos, quando se fizeram os primeiros movimentos de profissionalização do CADE, com a retirada de suas instalações das belas vistas da Cidade Maravilhosa e sua transferência para a aridez do Planalto Central, tal como relatei na Introdução de minha primeira obra.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Mas daí não parei, sendo que hoje tenho organizada toda (literalmente) jurisprudência do CADE, do primeiro caso ao mais recente, salvo desconhecimento ou falha não intencional, disponível seja em livros, CDs e, recentemente, por meio digital. Mesmo essa jurisprudência, porém, salvo pelos respectivos dispositivos, permanece praticamente desconhecida do público e especialistas, embora riquíssima, notadamente no tocante a aspectos de ordem processual (talvez porque vícios formais tenham pouco eco nos processos junto ao CADE, embora significativos e não infrequentes).

As leis brasileiras pouco mudaram, efetivamente, no seu objetivo principal e conteúdo, desde a Lei 4.137/62. Como sempre, não há que se falar em “lei boa” ou “lei má”, o que vale é sua execução, sua interpretação. A única real e revolucionária modificação ocorreu com a Lei 8884/94, com o início do controle de estruturas, que antes só existia em sede regulamentar e de caráter facultativo.

A efetividade da legislação concorrencial no Brasil apenas esboçou os primeiros voos a partir da Lei 8158/91, que modificou a Lei 4137/94, com a abertura da Economia, mas ainda em caráter muito incipiente.

Os Conselheiros eram extremamente dedicados e competentes (aliás, na vigência do texto original da Lei 4.137/62, presidiam eles próprios a instrução, assim evitando julgamentos a partir de “pratos prontos” embalados pela acusação, como atualmente), embora atuando sem maiores conhecimentos sobre a matéria. A visão era (como nunca deveria ter sido deixado de ser) quase que estritamente jurídica, civilista e pró-negócios, em que o princípio da livre iniciativa era levado a seu mais elevado patamar, embora a composição do Plenário do CADE contasse com a primorosa contribuição de economistas. Recordo-me que quando da discussão da criação da *joint venture* entre a Volkswagen e a Ford (ocorrida entre 1987 e 1996), aprovada incondicionalmente, um dos Conselheiros motivou seu voto no argumento de que (não com essas palavras), se o Direito Comercial a admitia, não seria o CADE a objetar.

Os primeiros passos de um CADE técnico e autônomo foram dados graças aos méritos incontestes do Presidente Werter Faria, gaúcho de boa estirpe, a ponto de incomodar o Governo e as estatais, estas se entendendo imunes à legislação concorrencial, que buscaram sua “extinção” como órgão independente e sua “interiorização” como simples órgão de um dos Ministérios (Justiça e Fazenda). A paixão pelo CADE à época, caracterizava todos os que no órgão militam, desde o Presidente, passando pelos Conselheiros e pelos advogados. A ponto deste advogado ter pedido desculpas (literalmente) ao Presidente Werter pelo fato de que iria, pela primeira vez, “afrontar” o CADE impetrando mandado de segurança contra ato que entendia coator. Em resposta, este causídico recebeu o sorriso benevolente do Presidente, mesmo quando obteve sucesso na demanda judicial.

Havia intensos debates públicos sobre os alicerces e a construção da legislação concorrencial no País, inclusive com observadores estrangeiros, e vibrante atividade legislativa. Este advogado, inclusive, teve a honra e o privilégio de integrar Comissão destinada a elaborar anteprojeto de Lei da Concorrência, bem como de participar de elaboração de Projeto de Lei com o mesmo propósito. Muito da redação da atual Lei 12.529/2011 tem aí sua progênie (embora seus dispositivos se vejam equivocadamente interpretados e distorcidos com crescente frequência).

A partir da Lei 8884/94 o CADE, com enorme rapidez, foi se institucionalizando, aprimorando seus conhecimentos, se internacionalizando, a ponto de passar a merecer o devido reconhecimento global.

A jurisprudência também evoluiu muito rapidamente, não necessariamente na boa direção. Cada vez mais se distanciava do Direito, cada vez menos interessada em postura pró-negócios, crescentemente punitivista. Atualmente há tendência de substituição do sistema legislativo democrático pelo do ativismo consequencialista, prenhe de subjetividades individualistas e casuístas do aplicador de plantão.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Ao início, porém, havia ainda grande respeito pelo devido processo legal, pelo cuidado da instauração de processos à luz de real motivo, pela atenção com o processo substantivo e pela busca da verdade real. Recordo-me de um Conselheiro que, ao examinar um ato de concentração relativo ao setor supermercadista, ao ser confrontado com observações deste advogado, me pediu que ficasse tranquilo, por que “não seria louco de impedir a realização de um negócio” (quase que com essas palavras) a menos que houvesse razão impeditivas inevitáveis.

Havia muita cautela na abertura de Averiguações Preliminares, com vistas a se evitar a imposição de ônus processuais e custos ao Erário indevidos (este conceito foi posteriormente invertido à luz de visões mais policialescas). A fase instrutória era presidida de forma aprofundada, com busca efetiva dos fatos e da dinâmica dos mercados, com discussões com Conselheiros e integrantes do corpo técnico, objetivando um julgamento juridicamente fundado, independentemente se certo ou equivocado. Procurava-se acertar, com compreensão dos mercados envolvidos.

Esta evolução (ou involução) jurisprudencial foi se aprimorando do ponto de vista da aparência técnica, muitas vezes inspirada em modelos externos não necessariamente condizentes com o sistema jurídico brasileiro ou com a realidade dos mercados, e a cada passo mais influenciada pelo economicismo, com a redução dos aspectos jurídicos a uma dimensão predominantemente econômica. Praticidade, resultados econômicos e estatísticos, eficiências, políticas econômicas, narrativas de momento, passaram, gradualmente, a ter prevalência sobre o Direito, que se viu cada vez mais tergiversado.

Pouco a pouco, a jurisprudência demonstrou ter papel preponderante no distanciamento da *mens legis*. A exegese da Lei Concorrencial a cada passo se tornava mais e mais *pro auctoritate* (dizia-se *pro societate*, como se a figura do Estado se confundisse com o da Sociedade – ou seja, o titular do interesse jurídico deixou de ser esta para ser aquele) e menos protetora dos direitos e garantias individuais do Administrado.

Ao início da segunda década de 2000, inventou-se, assim, por exemplo, a responsabilidade objetiva, não prevista na Lei, e desse modo defenestrando-se o elemento subjetivo exigido pela Constituição Federal. Recordo-me que o Presidente do CADE, à época, me perguntou o que achava da ideia, tendo sido ponderado, em vão, diga-se, que o sistema jurídico brasileiro repudiava (e ainda repudia) a responsabilidade objetiva em matéria repressiva.

Também se viu o fenômeno da distorção dos conceitos e expressões da Lei.

Assim, exemplificativamente, embora a lei integre o tipo infracional com o elemento subjetivo do dolo eventual (“independentemente de culpa”), foi a expressão legal logo entendida como caracterizadora de infração formal. A figura da tentativa (“ainda que (os efeitos) não sejam alcançados”) foi substituída pela da reprovabilidade da “potencialidade lesiva”.

Lembro-me ainda da ocasião em que, em face do desprezo com que o CADE era relegado nas dotações orçamentárias do Ministério da Justiça e assim significativamente carente de recursos e pessoal, uma Conselheira me perguntou o que achava da exigência da taxa processual (porque cobrada em outras jurisdições), ao que ponderei que não só não tinha ela (à época) amparo legal, como também fundamento principiológico. Posteriormente foi promulgada lei a respeito, sanando a primeira falha, e inventado o fundamento de que se trataria de taxa pelo exercício de poder de polícia. Ocorre que deste o CADE não é revestido por lei, dado que se caracteriza pelos pressupostos de discricionariedade, coercibilidade e autoexecutoriedade, ausentes na atuação do CADE.

Como dito, gradativamente, a atuação pretoriana se voltava para o favorecimento do princípio da autoridade e mui ocasionalmente se posicionava em torno dos interesses dos Administrados. Prazos processuais da acusação eram sempre impróprios, mas taxativos quando se tratava da defesa.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Raras foram as hipóteses hermenêuticas ou conceituais que favoreciam o Representado, como ocorreu com a figura da prescrição. O CADE, por muitos anos, ignorava, fazia *tabula rasa*, do instituto, tendo sido (aliás pelos economistas, porque o conceito lhes é próprio), após muita pressão, em seu lugar inventado o conceito não jurídico do “princípio da utilidade”. Muito esforço foi necessário até que a prescrição, a contragosto do CADE, foi finalmente reconhecida no famoso julgado do saudoso Conselheiro Leônidas Xausa, no que denominei “Acórdão-testamento” (dado que poucas horas depois de proferir seu voto, que logrou ser vencedor, o ilustríssimo Conselheiro, retornando a sua terra, o Rio Grande do Sul, veio a falecer. Para se ter uma ideia da resistência, o Acórdão, embora o caso tivesse sido julgado em 1998, só foi publicado em 2000.

Já o princípio da retroatividade da lei nova mais benigna só foi efetivamente reconhecido em 2011, com a promulgação da atual Lei 12.529, dada a substituição do sistema de submissão *a posteriori* de atos de concentração ao escrutínio do CADE pelo da notificação prévia, assim ocorrendo o fenômeno da *abolitio criminis* em relação à multa pela apresentação intempestiva das operações.

A fonte pretoriana do Direito somente ganhou dignidade, aí sem precedentes, em 1999, com a promulgação da Lei 9.784 (Lei do Processo Administrativo), quando se tornou norma que a Autoridade processante (como o CADE) somente poderia deixar de aplicar jurisprudência firmada sobre determinada questão se o fizesse motivadamente, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos próprios.

A evolução jurisprudencial do CADE, porém, raramente se recorda da LPA, tacitamente revogando, por exemplo, o dispositivo do diploma que veda a aplicação retroativa de nova interpretação da Lei. Da mesma forma, se faz *tabula rasa*, do comando da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que exige período de quarentena para vigência de novas interpretações. A Lei de Liberdade Econômica, por seu turno, perante o CADE, é mera manifestação filosófica, enquanto o CADE frequentemente instaura procedimentos em clara “*fishing*

expedition”, não obstante a reprovabilidade explícita da Lei de Abuso de Autoridade.

Acordos de Leniência e Compromissos de Cessação passaram a ser objeto de um programa institucional, em que se negocia a verdade real e a reprovabilidade ou não da conduta em termos puramente financeiros, a título de solução alternativa, muitas vezes a condenações antecipadas. Criam-se assim as sementes de ARDCS independentemente de causa e efeito, que por seu turno recomendam a discussão de acordos em face a estritas considerações de custo/benefício.

Líderes de cartéis, usufruem de sua condição privilegiada, quando não induzem concorrentes menores a envolver-se em colusões, para ulteriormente beneficiar-se, possivelmente com ganhos de mercado, de benesses legalmente negociadas em Acordos de Leniência, a custo da concorrência. Sua palavra e “provas”, sem maior cautela de apuração quanto à credibilidade e, principalmente, contextualização, passam a ser consideradas como comprovação quase que *iuris et de iure* de materialidade de conduta ilícita, reduzida a termo por visão prejudicadora da Autoridade e não obstante o interesse da parte na satisfação dos desejos da acusação. Ilações, conjecturas, induções, direcionamentos, se tornam fatos incontroversos.

As multas passaram, ao sabor do tempo, de punitivas a, em vários casos, expropriatórias, a título de educativas.

Talvez a afronta e mais perigosa modificação jurisprudencial foi a introdução na exegese (dado que não há amparo legal), aliás inconstitucional, do conceito comunitário europeu da “infração por objeto”, que logo sofreu “pioramentos” com sua equiparação ao de “infração *per se*”, como se idênticos fossem. Ilegalmente, a partir da falácia de dificuldade na obtenção de provas (a qual antes não existia) e do pressuposto teórico da magnitude de alegado dano ao mercado (superior à dos crimes contra a vida e em geral não demonstrado nos casos concretos) se inverteu o ônus da prova sem previsão legal prévia, se renunciou à função legalmente estabelecida de investigar fatos na

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

busca da verdade real e de se entender a dinâmica dos mercados e os efetivos efeitos da conduta, para se transformar o processo em mero rito formal, em geral instaurado a partir de prejulgamentos e visões pré-concebidas (em geral punitivistas) e com, na prática, desprezo à real aplicação dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Recordo-me de uma ocasião em que se requereu a oitiva de testemunha de defesa, tendo o pleito sendo indeferido “porque em nada aproveitava à acusação”.

A jurisprudência do CADE apresentou várias passagens de revogação tácita de lei expressa, de visões de superioridade quase que hierárquica em relação a outros órgãos governamentais e mesmo de decisões judiciais, que reputaram ingênuas, ou “desconhecedoras” dos reais propósitos da legislação concorrencial.

Agora se vê, com preocupação, lastimavelmente, cogitações ao estilo “jaboticaba” (porque sem símiles no mundo) de irreversibilidade das decisões do CADE (afrontando assim o Estado Democrático de Direito), de criação de responsabilidade civil punitiva (em duplicação ao propósito indenizatório de reposição do dano e em cega a considerações de enriquecimento ilícito em prol de resultados econômicos de proveito incerto para a Sociedade), de desprezo a sigilo fiscal (em prol do agravamento do princípio da autoridade em contraposição às garantias individuais) e até mesmo de invasão de áreas distintas da concorrencial (em relação às quais o CADE não tem maior *expertise*, quanto mais competência, estando sujeito a cometer erros irreparáveis ou de difícil recuperação), mesmo que ilegal e ensejadora de aumento do “custo Brasil” (cria-se destarte o “custo CADE” e se promove a ineficiência econômica por necessária e indesejável alocação de recursos antes destinados à produção e bem-estar social).

Mas uma nota dissonante. A evolução da jurisprudência nesse período, no tocante à análise de atos de concentração tem sido positiva, mas técnica, mais objetiva e coerente, no geral digna de elogios.

Como toda regra há exceções: mais uma vez instigado por metodologias estrangeiras que pouco têm a ver com a cultura nacional,

se optou por, frequentemente, se deixar de definir o mercado relevante, muitas vezes deixando a conclusão em aberto, ou por dar ao tema tratamento casuístico e mutável, tudo em afronta a um conceito dileto do sistema jurídico brasileiro, não tão apreciado nas jurisdições de origem dessas metodologias, que é o da segurança jurídica. O Administrado, assim, sofre com a incerteza do que lhe será afirmado ou exigido, dificultando-lhe sobremaneira os trabalhos de notificação.

O Sr. considera que o CADE está mais maduro para enfrentar questões processuais em seus processos administrativos?

Em verdade, o inverso é mais consentâneo com a realidade. O CADE, pode-se dizer, já foi bem mais maduro para enfrentar questões processuais em seus processos administrativos. Atualmente, não se consegue visualizar a aplicação do Direito Processual substantivo, que almeja a busca da verdade real, como meta na aplicação do Direito Concorrencial, ao menos no médio ou longo prazos.

O Direito Processual, em seu conteúdo substantivo, se repita, parece hoje em dia representar um “estorvo” à consecução de objetivos ditos “concorrenciais”, devendo suas normas serem “flexibilizadas” e examinadas sob o prisma da “informalidade” ou da exegese distorcida, sempre que necessário à consecução de objetivos não necessariamente jurídicos, mas de resultado.

Como se disse, em outras épocas, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório já mereceram precauções muito mais intensas, sendo que o indiscutível amadurecimento técnico do CADE parece ir em sentido oposto ao das garantias individuais. O propósito “Justiça” tende axiologicamente a ceder lugar ao endeusamento da “Eficiência”, não no sentido de resultado social, mas do magistério do Poder Público como autoridade. O interesse jurídico da Sociedade pela preservação do livre mercado tende, por seu turno, ceder passo ao interesse do Estado na regulação.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A técnica analítica e sua metodologia ainda eram menos evoluídas, indubitavelmente, mas a realidade dos fatos e a subjetividade dos agentes. eram o norte dos intensos debates, muitas vezes presenciais. Os casos eram discutidos não apenas laboratorialmente e muitas vezes presencialmente.

Tem-se visto movimentos perigosos, ao inverso dos fundamentos da Ciência Processual, que direcionam o CADE para se vestir com o manto de órgão regulador da atividade privada (quando a lei o destina para o exercício de funções eminentemente judicantes e não político-econômicas, em aberta afronta ao princípio da constitucional da livre iniciativa, com priorização de decisões de oportunidade e conveniência de cunho discricionário.

Ter-se-ia, neste caso, franco desvio de finalidade social e intervenção estatal indireta na Economia em repúdio a tudo pelo qual se bateu a Constituição de 1988 e aos próprios fundamentos da Democracia.

Não se imagine que se estaria aqui a vergastar pessoas, mas momentos históricos. É de se reconhecer que todos os aplicadores que conheço do Direito Concorrencial, no CADE e fora dele, sem exceção, estão sinceramente imbuídos da mais legítima e intensa das boas intenções de seriedade e propósitos. Trata-se, como se disse, de momento, aliás de uma tendência ao acolhimento acrítico de narrativas do que se entende por universal na atualidade.

Recorda-se de Seminário na AJUFE, em outubro de 2019, em que a insigne Prof^a. Paula Forgioni, aliás uma das juristas que merece o meu mais sincero e profundo respeito e admiração, quando indagada se, acaso integrasse o CADE, iria agir como este tem atuado: a resposta sincera, como é de seu feitio, foi “provavelmente sim”.

Em outras palavras, a talvez inconsciência dos resultados das atuais tendências deverá evoluir e prevalecer por tempo indeterminado, talvez porque talvez inevitável. Mas não é possível se ignorar que o Direito Concorrencial (como aliás outras áreas do Direito) está sob risco em favor de crescente intervenção e de controle social e econômico pelo

Estado, a custo da Sociedade, das garantias individuais e do bem-estar social. As oscilações sociais são naturais, embora a elevado custo quando se auditam os resultados, por vezes e infelizmente após longo trato de tempo.

A única ressalva é que, em países onde tais tendências se originaram e cujas realidades jurídicas e socioeconômicas, bem como sistemas acauteladores de pesos e contrapesos, são bastante distintos, a capacidade de se suportar desperdícios de ineficiências é bem maior do que a daqueles que as copiam (e as pioram por vícios culturais próprios) apenas por serem forâneas.

JOYCE HONDA

Na sua visão, qual será o futuro da prática concorrencial, sob a ótica da advocacia e sob a ótica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”)?

Acredito que o futuro da prática concorrencial continuará sendo bastante promissor e instigante, o que permitirá àqueles que escolherem dedicar suas carreiras a essa prática continuarem a ter um leque abrangente de atuação ou ainda poderem escolher alguma especialização na própria área diante da sofisticação de alguns temas. Sob a ótica da advocacia e também do CADE, vejo os seguintes temas como áreas promissoras:

A. *Mercados digitais*

Todas as questões envolvendo mercados digitais, sejam elas relacionadas a estruturas ou condutas anticompetitivas, continuarão sendo objeto de debate, investigação e constante evolução sob a ótica concorrencial.

A ascensão de Lina Khan à posição de presidente da *Federal Trade Commission* (FTC) em março de 2021, como resultado de sua nomeação pelo Presidente Joe Biden, foi um dos eventos mais emblemáticos da história recente do antitruste. Lina Khan ganhou projeção na área antitruste após escrever o artigo “*Amazon Antitrust Paradox*” em 2017, em que defende que olhar apenas para o bem estar do consumidor (como sustenta a Escola de Chicago) como foco do antitruste é insuficiente para compreender a arquitetura do poder de mercado na economia moderna. A autora se posicionou de forma contrária à atuação das *big techs*, sugerindo medidas drásticas que segundo ela são necessárias como forma inclusive de preservar a democracia.

Na Europa, o *Digital Markets Act* (DMA) foi aprovado pelo Parlamento Europeu em julho de 2022 e representa uma medida

legislativa sem precedentes de regulação de plataformas que venham a ser designadas como “*gatekeepers*”. Os “*gatekeepers*” exercem um papel crucial no ecossistema digital e são importantes para o funcionamento de inúmeros outros *players*, razão pela qual a Europa entendeu que apenas a regulação ex-ante é capaz de promover um ambiente competitivo e não discriminatório quando o assunto é a economia digital. O DMA ainda será publicado no diário oficial e entrará em vigor em 2023. As empresas que, após escrutínio da Comissão Europeia, receberem o status de “*gatekeepers*” terão até 2024 para implementar inúmeras obrigações comportamentais, além de estarem sujeitas a diferentes regras para submissão de atos de concentração e auditoria. Tais obrigações comportamentais têm por objetivo impedir práticas que a Comissão entende que são anticompetitivas ou que limitam a capacidade de pequenos e novos *players* desafiarem os grandes incumbentes. A título exemplificativo, as obrigações comportamentais pretendem atingir os seguintes objetivos: reduzir alegadas vantagens do *big data* e reduzir barreiras à entrada, facilitar a troca de plataforma e o *multihoming*, assegurar a neutralidade da plataforma ou do item (“*device*”), prevenir efeitos *lock-in*, proibir condutas em que a plataforma utiliza o poder de mercado para alavancar sua participação em um outro mercado no qual é entrante ou tem participação reduzida (com medidas como venda casada, criação de entraves operacionais) e promover a transparência.

Assim, diante desses acontecimentos nos EUA e Europa, é inevitável que haja impacto em todas as demais jurisdições. No Brasil, pode surgir a necessidade de que os processos de investigação de condutas anticompetitivas envolvendo os mercados digitais tenham uma tramitação mais acelerada para não corrermos o risco de gastarmos anos investigando condutas que na data do julgamento tornam-se obsoletas. Da mesma forma, com o movimento de *killer acquisitions* mais evidente, o CADE poderá passar a exigir a notificação posterior de operações que não se encaixam nos critérios de notificação como permite o artigo 88, §7 da Lei 12.529/2011.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

B. Ações de reparação de danos concorrenciais

Trata-se de tema bastante consolidado nos EUA e, mais recentemente, na Europa. Vale destacar que em 2014 o Parlamento Europeu aprovou a *Antitrust Damages Directive*. Em 2018, todos os estados membros da União Europeia já tinham incorporado a diretiva aos seus respectivos ordenamentos jurídicos. O principal objetivo da diretiva era facilitar ações de reparação de danos concorrenciais na União Europeia de modo que qualquer indivíduo pudesse efetivamente buscar compensação total dos danos suportados como resultado de qualquer prática anticompetitiva. Outro objetivo da diretiva era equilibrar a aplicação pública e privada do direito concorrencial europeu.

Em dezembro de 2020, a Comissão Europeia emitiu um relatório por meio do qual traçou um panorama da implementação das principais regras da diretiva e das diversas ações que foram tomadas pela Comissão para assegurar a efetividade e o desenvolvimento das ações reparatórias⁶⁴. O relatório observa que desde a entrada em vigor da diretiva o número de ações de indenização perante os tribunais dos estados membros aumentou significativamente e o uso desse recurso se espalhou pela União Europeia. Assim, a conclusão do relatório é positiva em relação à implementação da diretiva de forma consistente. Ainda que a efetividade das medidas dependa dos tribunais de cada estado membro, deve-se notar que os direitos das vítimas de práticas concorrenciais foram substancialmente aprimorados em todos os estados membros.

No Brasil, as Ações de Reparação de Danos Concorrenciais (ARDCs) existem, porém são incipientes. Como veremos na resposta à

⁶⁴ EUROPEAN COMMISSION. *Commission Staff Working Document*. Commission Staff Working Document on the implementation of Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union. Bruxelas, 14 dez. 2020. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/report_on_damages_directive_implementation.pdf>. Acesso em 09 set. 2022.

pergunta 3, são inúmeros desafios para o aprimoramento da aplicação privada (“*private enforcement*”) do direito concorrencial brasileiro. Uma importante evolução legislativa que se espera no curto prazo é a aprovação do Projeto de Lei nº 11.275/2018. Aprovado em julho de 2022 pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados, o texto aguarda sanção presidencial.

Embora possa parecer um tema não prioritário ao CADE, que é o órgão responsável pela aplicação pública do direito concorrencial, o *enforcement* privado é complementar à atuação do CADE e o pilar que falta para completar o efeito dissuasório contra as práticas anticompetitivas. Por mais que o CADE tenha à disposição um *mix* de penalidades pecuniárias e não pecuniárias para aplicar aos infratores, a reparação de danos concorrenciais sofridos pelas vítimas de cartéis e práticas abusivas na sua integralidade é uma medida absolutamente imprescindível para que a violação não compense.

C. Atos de concentração complexos com efeitos verticais e conglomerados

Em julho de 2016, o CADE emitiu o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal. Esse guia esclareceu a metodologia utilizada pela autarquia para a verificação de operações que envolvem agentes em uma mesma etapa da cadeia produtiva, ou seja, que são concorrentes entre si. O guia buscou dotar de maior transparência a análise feita pelo órgão, bem como orientar os membros do CADE a empregar as melhores práticas de análise desses casos e também auxiliar os agentes de mercado a compreender as etapas, técnicas e critérios adotados pelo CADE em atos de concentração.

É sabido que o CADE trabalha agora em guia para análise de fusões verticais. Com efeito, fusões verticais acontecem entre agentes que se encontram em etapas distintas da cadeia produtiva. A análise feita em atos de concentração horizontais não é aplicável, uma vez que não há que se falar em concentração de poder econômico. As principais teorias de dano envolvidas são a possibilidade de efeitos coordenados, de

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

fechamento de mercado à jusante ou à montante, o acesso a informações concorrencialmente sensíveis de mercados onde as empresas que adquirem seu fornecedor ou seu cliente passarão a ter e possíveis tratamentos discriminatórios em determinado fornecimento de insumo ou matéria-prima ou em determinado acesso a infraestrutura, plataforma ou tecnologia, entre outros elementos necessários ao desenvolvimento das atividades de determinada empresa.

Fusões com efeitos conglomerados também representam um desafio para as autoridades e oportunidades para eventuais terceiros interessados que possam ser impactados pela operação. Por definição, fusões conglomeradas são aquelas que envolvem empresas que fabricam produtos ou prestam serviços que não competem entre si e tampouco há integração vertical, mas sim são complementares ou relacionados por pertencerem a uma categoria normalmente adquirida em conjunto ou que tem o mesmo grupo de consumidores. A principal teoria de dano relacionada a fusões conglomeradas é a possibilidade de usar um mercado para alavancar a participação em outro, gerando o fechamento do mercado no qual a estratégia de alavancagem foi utilizada. Esse tema foi objeto de relatório da *International Competition Network* (ICN) em 2019-2020, o que demonstra a atualidade do tema⁶⁵.

D. *Conduitas unilaterais*

Em maio de 2022, a Superintendência-Geral do CADE (SG/CADE) anunciou importante mudança em sua estrutura: a instituição de unidade especializada na análise de condutas unilaterais restritivas à concorrência, a Coordenação-Geral de Análise Antitruste 11 (“CGAA 11”). Assim, essa coordenação passou a ser responsável

⁶⁵ ICN – INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *ICN Conglomerate Mergers Project Report 2019-2020*. 2020. Disponível em: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/09/MWG_ConglomerateMergersReport.pdf>. Acesso em: 09 set. 2022.

exclusivamente por investigar supostas práticas relacionadas a condutas unilaterais.

Conforme comunicado publicado no site do CADE à época⁶⁶, a mudança fez parte de um conjunto de iniciativas da SG/CADE para aprimorar o controle e a investigação de condutas unilaterais, tendo ainda visado a atender recomendação da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), quando da realização por esta de revisão por pares sobre a legislação e a política da concorrência do Brasil em 2019.

Assim, a criação da CGAA 11 demonstra a crescente destinação de recursos e esforços, pelo CADE, à investigação de condutas unilaterais, bem como uma tendência de intensificação desse tipo de investigação pela autoridade nos próximos anos.

Quais serão os principais desafios para análise antitruste envolvendo os “labor markets”?

Atualmente, a maior parte das referências sobre análise dos chamados *labor markets* provém da jurisprudência e doutrina internacional. Trata-se de um tipo de mercado que impõe diversos desafios, com os quais as jurisdições ainda estão aprendendo a lidar. Já temos, por exemplo, casos julgados nos EUA⁶⁷, em Portugal⁶⁸, entre

⁶⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Superintendência-Geral do Cade institui unidade especializada em investigar condutas unilaterais. CADE, 26 maio 2022. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/superintendencia-geral-do-cade-institui-unidade-especializada-em-investigar-condutas-unilaterais>>. Acesso em: 12 set. 2022.

⁶⁷ Para mais detalhes sobre as investigações americanas, ver BRASS, R. et al. Employers beware: aggressive and expansive labor-focused antitrust enforcement will remain the new normal. *Gibson Dunn*, 18 abr. 2022. Disponível em: <<https://www.gibsondunn.com/employers-beware-aggressive-and-expansive-labor-focused-antitrust-enforcement-will-remain-the-new-normal/>>. Acesso em: 09 set. 2022.

⁶⁸ PORTUGAL. Autoridade da Concorrência. *AdC emite pela primeira vez em Portugal decisão sancionatória por práticas anticoncorrenciais no mercado laboral*.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

outras jurisdições. Em um esforço de orientar os agentes de mercado sobre possíveis violações antitruste nos mercados de recursos humanos (“RH”), algumas autoridades antitruste como a americana⁶⁹, a japonesa⁷⁰ e a de Hong Kong⁷¹, por exemplo, também já emitiram reportes e guias visando a tratar de possíveis práticas anticompetitivas relacionadas a tais segmentos.

No Brasil, além de a legislação antitruste não conter disposições acerca de condutas em mercados de trabalho, até o presente momento, não houve qualquer posicionamento definitivo por parte do CADE acerca desse tipo de conduta, ou mesmo a edição de quaisquer documentos ou guias sobre o tema dos acordos de *wage-fixing* e *no-poaching* em contexto trabalhista. Há um primeiro desafio para se entender os impactos de uma possível conduta anticompetitiva em mercados de contratação de mão-de-obra: a ausência de um estudo de caso concreto ou de orientações sistematizadas a respeito dos eventuais efeitos de uma conduta similar no Brasil.

Por outro lado, apesar de não tocar especificamente no tema de condutas envolvendo mercados de RH, a jurisprudência atual do Tribunal Superior do Trabalho já se manifestou sobre a validade de cláusulas restritivas à concorrência em contratos de trabalho, o que pode funcionar de forma acessória para nos auxiliar na compreensão da

29 abr. 2022. Disponível em: <<https://www.concorrencia.pt/pt/artigos/adc-emite-pela-primeira-vez-em-portugal-decisao-sancionatoria-por-praticas>>. Acesso em: 09 set. 2022.

⁶⁹ ESTADOS UNIDOS. Departamento de Justiça; Federal Trade Commission. *Antitrust guidance for human resource professionals*. Out. 2016. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/file/903511/download>>. Acesso em: 09 set. 2022.

⁷⁰ JAPÃO. Japan Federal Trade Commission. Report of the *Study Group on Human Resource and Competition Policy*. 15 fev. 2018. Disponível em: <<https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2018/February/180215.html>>. Acesso em: 09 set. 2022.

⁷¹ HONG KONG. Competition Commission. *Competition Commission Advisory Bulletin*. 9 abr. 2018. Disponível em: <https://www.compcomm.hk/en/media/press/files/20180409_Competition_Commission_Advisory_Bulletin_Eng.pdf>. Acesso em: 09 set. 2022.

licitude de algumas práticas comuns no contexto das relações trabalhistas. Para o TST, tais cláusulas são válidas desde que estejam presentes alguns requisitos que demonstrem a necessidade dessa cláusula para a proteção dos negócios do empregador, como (a) necessidade efetiva para a proteção dos negócios do empregador; (b) existência de um limite territorial conectado com os negócios do empregador; (c) existência de prazo certo razoável; (d) indenização financeira que compense o período no qual o ex-empregado estará impedido de trabalhar em atividade concorrente; e (e) restrição apenas em relação ao exercício de atividades que sejam concorrentes da empresa.

Embora a jurisprudência internacional possa fornecer valiosas lições sobre a análise de condutas em *labor markets*, em razão das particularidades das legislações trabalhista e antitruste de diferentes jurisdições, muitos conceitos e entendimentos não podem ser simplesmente transpostos para a realidade brasileira. Da mesma forma, embora os posicionamentos já emitidos pela justiça trabalhista possam nos guiar na compreensão de práticas em mercados de trabalho, as especificidades da legislação antitruste tornam imperiosa uma análise mais focada dos impactos concorrenciais de tais condutas.

Não obstante, essa situação está prestes a mudar num futuro próximo, visto que há um processo administrativo em curso perante o CADE que investiga condutas envolvendo práticas de RH de empresas de *healthcare*⁷².

Nesse sentido, enquanto não há um primeiro posicionamento oficial do CADE quanto a supostas condutas nos mercados de contratação de mão-de-obra, algumas questões essenciais para a análise desses mercados permanecem em aberto: como deve ser feita a definição de mercado relevante em casos envolvendo práticas de RH? Como são apurados os efeitos das condutas em mercados de trabalho? Quais

⁷² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61*. Instaurado em 17 mar. 2021. CADE: Brasília, 2021.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

informações são consideradas sensíveis e quais devem ser tratadas como práticas usuais de benchmarking?

As respostas para tais questões deverão surgir a partir do julgamento de casos concretos, sem prejuízo da elaboração de um guia orientativo para que as empresas observem o *compliance* concorrencial nas relações de trabalho.

Qual a sua avaliação sobre a política de reparação de danos em casos de cartéis o Brasil em comparação às jurisdições desenvolvidas?

Historicamente, a repressão aos cartéis no Brasil foi majoritariamente administrativa, sendo liderada pelo CADE. Tal repressão foi reforçada durante os 10 anos em que a Lei nº 12.529/2011 esteve em vigor, inclusive através do uso de mecanismos como acordos de leniência e termos de compromisso de cessação, assim como pela difusão da política de defesa da concorrência. A repressão penal também vem se desenvolvendo, especialmente pela maior cooperação entre o CADE e o Ministério Público.

Neste contexto, a reparação civil não pode ser deixada de lado, uma vez que tem um papel específico e fundamental no combate aos cartéis. As ações de reparação de danos concorrenciais (ARDC) têm, por exemplo, o potencial de garantir que o lucro obtido pelos infratores não será maior do que os prejuízos, bem como de aumentar a detecção de condutas anticompetitivas⁷³.

A possibilidade de reparação civil de danos concorrenciais foi prevista expressamente no artigo 47 da Lei nº 12.529/2011 e é inegável que o número de ARDC vem aumentando nos últimos anos, conforme se verifica em estudo recente do IBRAC⁷⁴. Entretanto, o instituto ainda

⁷³ CASELTA, Daniel Costa. *Responsabilidade civil por danos decorrentes da prática de cartel*. São Paulo: Singular, 2016. p. 73.

⁷⁴ Disponível em: <<https://www.ibrac.org.br/planilha.htm>>. Acesso em 09 de setembro de 2022.

pode ser considerado incipiente, quando comparado à atuação do CADE e do Ministério Público.

Ao contrário do que se vislumbra em outras jurisdições desenvolvidas, a dificuldade para consolidação do instituto da ARDC no Brasil se deve, em parte, à ausência de normas mais específicas e claras. Por exemplo, podem ser mencionadas a indefinição quanto ao prazo prescricional e seu marco inicial, a dificuldade de acesso a provas e a ausência de orientações quanto à identificação e quantificação dos danos⁷⁵.

Em comparação, os países da União Europeia seguem a Diretriz 2014/104, emitida pela Comissão Europeia (CE) no fim de 2014, e que visa a facilitar a reparação dos danos causados por infrações antitruste, bem como balancear a repressão pública e privada. Entre seus principais aspectos, podem ser mencionados a identificação clara dos tipos de danos para os quais pode ser buscada indenização, do prazo prescricional e do seu respectivo marco inicial, regras claras sobre o ônus da prova, previsão expressa da “*pass-on defense*”, entre outros.

Segundo relatório publicado no fim de 2020 pela CE, as disposições da Diretriz 2014/104 vêm sendo adotadas de forma consistente nas diversas jurisdições. Desde então, o número de ações de reparação aumentou de forma significativa e generalizada na União Europeia. Ao passo que ações desta natureza eram “relativamente raras” até o fim de 2013, chegaram ao número de 239 em 2019⁷⁶.

⁷⁵ LEMOS, Thales de Melo e. *A reparação civil dos danos causados por cartéis no Brasil: fundamentos, evolução e desafios*. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

⁷⁶ EUROPEAN COMMISSION. *Commission Staff Working Document*. Commission Staff Working Document on the implementation of Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union. Bruxelas, 14 dez. 2020. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/report_on_damages_directive_implementation.pdf>. Acesso em 09 set. 2022.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A diferença entre a atual política brasileira e a estadunidense é ainda maior, tendo em vista que a principal forma de persecução aos cartéis, nos Estados Unidos, é justamente a civil. Em relação aos EUA, vale ressaltar a previsão de que os danos sofridos serão indenizados em triplo – medida que, apesar de controversa, visa a garantir que a prática de cartel não será lucrativa no país. Outro destaque diz respeito ao ônus da prova, uma vez que as normas favorecem o amplo “*discovery*” de provas e depoimentos, o que facilita a propositura das ações. Por fim, há grande relevância das *class actions*, permitindo a reparação de danos coletivos relevantes, mas que seriam pequenos caso considerados individualmente⁷⁷.

Certo é que também estão sendo tomadas medidas, no Brasil, que visam a difundir e consolidar o instituto da ARDC, aproximando a política nacional daquelas de jurisdições desenvolvidas. Por exemplo, o CADE emitiu, recentemente, a Resolução nº 2/2018, que regula o acesso a provas produzidas no âmbito de suas investigações.

Outras alterações relevantes estão previstas no Projeto de Lei nº 11.275/2018, que está em estágio avançado de tramitação. Entre outros aspectos que incentivam e facilitam a propositura de ARDC no Brasil, o referido Projeto: (i) prevê indenização em dobro; (ii) estabelece o prazo prescricional quinquenal, que somente começará a correr após a publicação da decisão definitiva do CADE; (iii) estabelece que a decisão do Tribunal do CADE é apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência; e (iv) esclarece que o repasse de sobrepreço não se presume.

Sendo assim, o Brasil está caminhando para tornar a responsabilização civil por danos causados por cartéis e outras práticas anticompetitivas uma realidade, inclusive levando em conta a experiência de sucesso nas jurisdições desenvolvidas e alguns de seus principais aspectos.

⁷⁷ LEMOS, Thales de Melo e. *A reparação civil dos danos causados por cartéis no Brasil: fundamentos, evolução e desafios*. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

JULIANA DOMINGUES**Quais são os principais pilares que devem ser desenvolvidos e reforçados na sua gestão (2022-2024) como Procuradora-Chefe na Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE?**

Diálogo interinstitucional, segurança jurídica e criação de precedentes. Por sorte, posso dizer que sou uma veterana no direito concorrencial. São mais de 20 anos acompanhando o CADE e toda a sua evolução. Sem dúvida, um grande privilégio. Pretendo trazer uma contribuição institucional, com base na minha experiência “do outro lado do balcão” e com a experiência que adquiri na gestão pública no governo federal. Creio que há muito espaço, diante da importante função da Procuradoria Federal Especializada. Não sei se todos sabem, mas trata-se da única Procuradoria Federal Especializada cuja indicação passa por sabatina. Eis um dado simbólico e relevante.

A nossa legislação em vigor (a lei 12.529/2011) comemorou 10 anos da sua entrada em vigor, mas continua sendo pouco conhecida fora da comunidade antitruste/ concorrencial. Dentro da ideia de estabelecer pilares na gestão da procuradoria, identifiquei uma necessidade premente de trabalharmos para reduzir o passivo que temos hoje no contencioso, que não decorre de um problema decorrente da administração do CADE. A ausência da formação de precedentes em Tribunais Superiores e, também, a ausência de afinidade com os temas concorrenciais dentro dos Tribunais, somados aos volumes de demandas judiciais, deixam os casos sem decisão final por anos e décadas.

Há muitos casos que já completaram mais de 10 anos (alguns passaram de 20) que estão em curso e que necessitam de priorização para que algumas discussões jurídicas sejam encerradas. Dessa forma, além de criar mecanismos para a aproximação institucional permanente com Advocacia Geral da União, com os Tribunais Regionais Federais, com as Procuradorias Regionais Federais, com os Tribunais Superiores entre outros importantes atores, já iniciamos pautas conjuntas com a Escola da

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

AGU, com a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), com o CNJ, com as Escolas da Magistratura, com as PRFs e os TRFs, com o Fórum dos Reguladores, entres outros (as). Precisamos aproximar e desmistificar a atuação do Cade e fortalecer a nossa atuação institucional.

Posso afirmar, após experiência recente com políticas públicas de defesa do consumidor, que para muitos os temas concorrenciais seguem “descolados” do dia a dia. Não é raro que sejam deixados de lado, devido ao volume de casos que os magistrados precisam manejar. É nosso foco, nessa gestão, trabalhar para reduzir não só a assimetria informacional, mas, também, a ausência de afinidade que persiste na comunidade jurídica.

Outro enfoque será na efetividade do *enforcement*. Já estamos mapeando e avaliando, dentre os casos que estão em curso, quais são aqueles em que podemos acelerar para criar melhores precedentes e aqueles nos quais podemos trabalhar para que haja o recolhimento célere das sanções aplicadas. O encerramento das disputas judiciais gerará uma redução de custos para todos envolvidos nos processos.

De modo geral, a minha gestão será pautada pela criação de pontes e estreitamento com as outras intuições que podem colaborar para maior celeridade da resolução de demandas antigas que seguem em curso e, ao mesmo tempo, aproximar os demais órgãos do Poder Judiciário e das procuradorias regionais das atividades do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. É o momento de deixarmos o direito concorrencial em evidência fora do nosso ciclo natural de conhecedores.

O Direito da Concorrência está em constante diálogo com outras áreas. Em 2021, o Cade instaurou o primeiro processo administrativo para apurar supostas condutas anticoncorrenciais no mercado brasileiro de trabalhadores atuantes na indústria de healthcare. Na sua visão, quais serão os principais desafios do Cade em lidar com casos que abordam essa relação entre direito concorrencial e direito do trabalho? Onde o antitruste e o Direito do Trabalho se encontram?

Não existe mais separação entre diferentes áreas jurídicas. Como Professora de Direito, tenho sempre insistido que precisamos trabalhar com os fenômenos jurídicos de forma transversal, de modo a considerar todos os efeitos e aplicar as melhores soluções jurídicas sem uma única lente.

O que eu quero dizer com isso?

Mesmo fora do Brasil, onde temos diversas instituições mais maduras, isto é, instituições, agências reguladoras e órgãos que tratam da concorrência com maior maturidade, os temas estão caminhando para uma transversalidade regulatória, ou uma “transdisciplinaridade”, tal como costume defender em minhas pesquisas como professora da FDRP/USP.

Do ponto de vista jurídico, isso dialoga pouco com a nossa tradição jurídica. Como professora, sei que sou exceção ao envolver outras temáticas à aplicação do direito concorrencial. Não é novidade que o direito concorrencial - uma vez que trabalha com a coletividade e com a concorrência de modo geral - atrai todos os outros direitos possíveis.

O direito do trabalho nunca foi visto direcionado ou diretamente relacionado com o direito concorrencial, mas tenho produzido academicamente, discutindo esse tema e inclusive pude contribuir como professora-especialista, antes de ingressar no Cade, em um documento apresentado para a OCDE, em 2019⁷⁸. Na verdade, existem diversas relações de trabalho que impactam diretamente na concorrência e isso tem sido foco de atenção, inclusive, nos Estados Unidos, onde além de um guia sobre o tema, as discussões caminham para limitações que podem ser criadas do ponto de vista contratual, que impactam diretamente no mercado de trabalho. Eric Posner, filho do

⁷⁸N BRASIL. SAE; OCDE. Competition Issues in Labour Markets – Note by Brazil, 2017 Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2019\)51/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2019)51/en/pdf). Acesso em: 23 set. 2022.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Richard Posner – apenas para diferenciar, pois é igualmente brilhante - e Professor de Chicago, tem diversas produções nesse sentido. No Brasil, essa discussão é realmente recente, mas o Cade já está tratando de temas afetos a essa relação entre as matérias. Da mesma forma, temos discussões no Brasil e o tema tem atraído a atenção da magistratura mais do que muitos imaginam.

Por essa razão, não podemos afastar da análise da concorrencial o fato de que estamos geralmente lidando com temáticas que transitam por todas as áreas do direito: no *Poaching Agreements* e *Wage Fixing Cartel*, por exemplo, foram tratados em artigos recentes na revista do Cade⁷⁹ e são temas que estão na ordem do dia. Mas não é só aí que o Direito do Trabalho e o Direito Concorrencial se encontram.

Mesmo quando tratamos de fusões e aquisições, temos possíveis impactos no mercado de trabalho, diante de concentrações empresariais. Entretanto, este não é o tema afeto a análise concorrencial, mas demonstra que existe uma relação direta entre os temas.

Em caso das condutas concorrenciais, claramente temos a incidência da Lei 12.529/2011 e a atração das competências do Cade para avaliação de cada uma dessas condutas. Também é comum existirem cláusulas de não concorrência que impactam em questões afetas ao direito do trabalho.

⁷⁹ ATHAYDE, A.; DOMINGUES, J. O.; SOUZA, N. M. S. 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. DOI: 10.52896/rdc.v10i1.997. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/997>. Acesso em: 23 set. 2022.

Destaco que, no Brasil, o IBRAC foi pioneiro ao trazer essa temática para um painel proposto por Guilherme Misale, em 2019⁸⁰. Eu fico muito feliz em poder dar minha singela contribuição, seja como pesquisadora, professora e/ou como Procuradora-Chefe do CADE. Certamente, é dos grandes temas que temos na atualidade e o CADE não se furta a dar a sua contribuição.

⁸⁰ DOMINGUES, Juliana O. Palestra. Paineis 5: Cruzando fronteiras: existem pontes entre o direito antitruste e o mercado de trabalho? 25º Seminário Internacional de defesa da concorrência do IBRAC. 19 de novembro de 2019. Disponível em: < <https://www.linkedin.com/in/juliana-oliveira-domingues-b802ba23/details/featured/1578791491061/single-media-viewer/> > Acesso em: 22 de setembro de 2022.

JULIANO MARANHÃO

Na sua visão, qual será o futuro da prática concorrencial, sob a ótica da advocacia e sob a ótica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”)?

A prática do direito em geral vem passando por profundo processo de transformação, com as ferramentas de automação, análise de dados e inteligência artificial. Por enquanto, não sentimos todo o impacto, a não ser pela economia de tempo em algumas tarefas mais simples e repetitivas, como o acompanhamento automático de processos e a geração automatizada de documentos padronizados, por exemplo.

A transformação efetiva virá, primeiro, com a generalização das ferramentas computacionais para a análise de evidências e, em segundo lugar, com as ferramentas de jurimetria e análise de desempenho dos tribunais. A primeira é vertical, voltada para o exame de cada caso. A segunda é horizontal, analisando o agregado de decisões nos diferentes casos.

Elas provocarão duas mudanças: primeiro, elevarão a importância da atividade jurídica de compliance, com o monitoramento computacional interno e prevenção de condutas nas organizações por meio de medidas técnicas e organizacionais; segundo, farão com que juízes e advogados argumentem cada vez mais sobre políticas de adjudicação e não apenas sobre direitos individuais ou coletivos.

Esses dois aspectos serão notados no âmbito do direito concorrencial, com o aprofundamento das técnicas de direito computacional. O uso de inteligência artificial no *enforcement* antitruste já é uma realidade, no Brasil e no mundo. O CADE, por exemplo, criou o projeto Cérebro em 2013, a fim de desenvolver ferramentas de mineração de bases e dados e filtros econômicos para identificar comportamentos atípicos. A ferramenta vem trazendo aplicações com resultados interessantes. Em 2018, foi utilizada para identificar possível cartel em contratos federais de serviços terceirizados, e, em 2022 ela

auxiliou o CADE na análise de dois atos de concentração complexos, filtrando os mercados relevantes efetivamente problemáticos.

No campo do controle de condutas, técnicas de *machine learning*, por exemplo, serão cada vez mais utilizadas para monitorar mercados e identificar padrões de precificação e comportamento anticompetitivos. Técnicas de processamento de linguagem natural também poderão ser utilizadas na análise de grandes conjuntos de documentos – obtidos em buscas e apreensões ou através de leniências – para identificar indícios de infrações. E o auxílio de ferramentas computacionais permitirá que as autoridades analisem dados de forma muito mais rápida e precisa, o que é particularmente importante em mercados digitais.

É importante que haja transparência do CADE em relação às metodologias empregadas, uma vez que os escritórios de advocacia e departamentos jurídicos deverão empregar técnicas semelhantes internamente para identificar potenciais riscos e atuar para mitigá-los. Não se trata de esconder evidências, mas de contribuir com a gestão de riscos de condutas anticompetitivas em cooperação com a autoridade concorrencial. Pode-se vislumbrar inclusive mudanças na legislação concorrencial para tornar obrigatórias nas corporações as melhores práticas (ou regras mínimas de governança) para detecção e mitigação de condutas anticompetitivas.

Vale lembrar, que boa parte das decisões tomadas na atividade econômica serão realizadas ou ao menos assistidas por inteligência artificial, em volume e velocidade cuja fiscalização será inviável para humanos. Daí a necessidade de uso de ferramentas computacionais para monitorar a própria atividade corporativa.

No controle de estruturas, técnicas computacionais permitirão, como no projeto Cérebro citado acima, a análise de volumes enormes de documentos, informações e dados. O acesso e processamento direto de dados contidos em bases e *data lakes* de empresas notificantes, por exemplo, diminuiria sensivelmente as assimetrias informacionais entre a

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

autoridade e as partes. O uso de simulações computacionais complexas permite, por exemplo, uma análise dinâmica do mercado e realizar exercícios econométricos a respeito da pressão competitiva entre produtos não-substitutos.

Com relação ao uso de jurimetria e a tendência de argumentação sobre políticas de adjudicação, isso significa, no campo da concorrência, que a separação entre advocacia concorrencial (me refiro aqui a defesa ou representação em *enforcement* antitruste) e advocacia da concorrência (me refiro aqui a *competition advocacy*) ficará cada vez mais tênue. A diferença talvez fique apenas quanto ao objeto: no CADE, condutas de agentes de mercado, na SEAE, atos normativos ou decisões administrativas. Mas o tipo de argumentação consequencialista, alimentada por análises empíricas *ex post* sobre impactos de decisões no mercado, será cada vez mais próxima. Técnicas computacionais auxiliarão não só na análise, como também na modelagem de políticas públicas concorrenciais futuras e na avaliação de impacto regulatório, o que deverá aproximar o CADE ainda mais das agências reguladoras setoriais.

Por enquanto, essas técnicas apenas mineram e analisam dados relevantes para a tomada de decisão humana, mas o que se vislumbra é também a possibilidade de aplicação de regras e tomadas de decisão pelas próprias máquinas. Para isso, as técnicas de *machine learning* ainda precisam incorporar metodologias de representação de conhecimento jurídico. Mas acredito que, em um futuro não muito distante, atos de concentração simples, em rito sumário, por exemplo, poderiam ser objeto de decisões automatizadas, com algum procedimento de revisão humana, sob requisição.

Você acredita que o direito concorrencial será capaz de garantir um ambiente de mercado funcional face aos desafios trazidos por práticas comerciais cada vez mais associadas ao mundo digital? Na sua opinião, há outros ramos do direito que poderão auxiliar nestes desafios?

Em outras palavras, as plataformas digitais necessitam de uma regulação específica *ex ante* ou basta o *enforcement* antitruste *ex post*?

Essa é a pergunta do século na política concorrencial e é muito difícil de responder. Ainda que não se regule condutas de plataformas, a metodologia de análise antitruste precisa ser reconfigurada para se adequar aos desafios e modelos de negócio trazidos pelos mercados digitais. Esses modelos são baseados no processamento computacional, por inteligência artificial, de dados. Por isso, as atenções estão voltadas para como lidar com os dados, ao lado da capacidade financeira e participação de mercado, que são os indicadores tradicionais de poder econômico. As soluções ainda estão limitadas a analogias com a metodologia conhecida. Isto é, ou são aplicadas análises típicas do aspecto financeiro, quando se trata o dado como se moeda fosse – exemplo, o teste de monopolista hipotético que olha para variações de invasão à privacidade em vez de variações de preço –, ou são aplicadas análises e mesmo remédios que equiparam dados a ativos ou insumos – como a proibição de combinar dados entre diferentes plataformas como espécie de “desinvestimento”.

A grande dificuldade está em capturar a dinâmica dos dados dentro da análise de poder econômico e talvez isso sequer seja possível, pois os dados, ou a inteligência sobre os dados, acaba por tocar em três esferas distintas de poder: o econômico, o informacional e o político. Não está somente em jogo a dominância de mercado, mas o controle da informação, inferida a partir dos dados dos usuários das plataformas e também o controle da esfera pública, pois lidamos essencialmente com mídias, já que a internet é uma estrutura de comunicação. O poder de mercado é alimentado e alimenta o poder informacional, que por sua vez alimenta e é alimentado pelo poder político, que também alimenta e é alimentado pelo poder de mercado. Isso sempre esteve presente.

Mas o problema atual é que a produção de informação não está mais em organizações, que detêm poder econômico e político, e poderiam ser os alvos do *enforcement* antitruste, mas nos próprios usuários das plataformas. Há uma confusão entre consumidor e produtor

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

da informação no usuário e um vácuo de responsabilização das plataformas que atuam como simples intermediárias de conteúdos.

Daí porque a abordagem deve ser bem mais ampla. Os europeus, por exemplo, estão lidando com esse problema por meio de uma tríade regulatória: uma regulação concorrencial de *gatekeepers*, que torna certos tipos de condutas praticamente ilícitos *per se* para esses agentes, aliada a um regulação da responsabilidade das plataformas como intermediários (olhando inclusive para os impactos do discurso abusivo no jogo político e na democracia), que introduz deveres de moderação de conteúdo, e uma regulação da tecnologia de inteligência artificial, com a introdução de melhores práticas para mitigação de riscos. A essa tríade, deve ser acrescentada legislação de proteção de dados pessoais e também a proposta de regulação de dados não pessoais, que busca equilibrar a assimetria entre o fornecedor de serviços e produtos e os dados que são gerados nessa atividade pelo consumidor.

Portanto, a solução para os problemas concorrenciais trazidos pelos modelos de exploração comercial de dados não parece redutível ao *enforcement* concorrencial, devendo abranger toda a regulação que lida com implicações consumeristas e de direitos de personalidade que giram em torno dos dados. Já parece haver uma percepção disso quando vemos, por exemplo, o CADE se aproximar de ANPD e SENACON.

No Brasil, em que foi implantada recentemente a legislação de proteção de dados pessoais, já está em curso o debate legislativo de uma regulação de responsabilidade e transparência das plataformas na internet, além de uma regulação da inteligência artificial. Fica a questão se essas ferramentas são suficientes, aliadas a um *enforcement* reconfigurado do antitruste, ou se seria necessária também uma regulação *ex ante* para o comportamento concorrencial dos chamados *gatekeepers*.

Na sua visão, considerando que a intensificação do uso de *machine learning* e instrumentos de inteligência artificial pode afetar o

ecossistema concorrencial, quais medidas preventivas de conformidade poderiam ser tomadas para evitar potenciais abusos?

Sistemas de inteligência artificial devem, em futuro não muito distante, no mínimo assistir todas as decisões sobre variáveis mercadológicas relevantes pelos agentes econômicos. Esse aspecto traz a preocupação sobre práticas anticompetitivas geradas pelos próprios algoritmos ou por sistemas sociotécnicos (humanos mais algoritmos).

Com isso aparecem duas questões: como mitigar riscos dessas práticas e como responsabilizar agentes por práticas anticompetitivas geradas ou assistidas por algoritmos. Vou tratar da primeira, por limitação de espaço.

Boa parte da discussão tem se centrado na prática de colusão algorítmica, i.e., uma coordenação tácita de preços sem qualquer comunicação entre os atores de mercado envolvidos. O desenvolvimento de técnicas de aprendizado de máquina pode dar a uma empresa estimativas precisas de qual seria o preço de equilíbrio, levando à colusão. Aponta-se que as tecnologias de inteligência artificial hoje existentes encontram dificuldades em manter uma colusão duradoura, pois não conseguem resolver os problemas de estabilidade dos arranjos colusivos indicados pela literatura acadêmica. Todavia, publicações recentes mostram a possibilidade de se obter um equilíbrio colusivo em situações experimentais, com a dificuldade de caracterização da colusão por regras de precificação que são definidas unilateralmente e não por compartilhamento de informações. Portanto, medidas para impedir compartilhamento não seriam eficazes, mas sim a garantia de transparência e entendimento dos critérios de precificação, o que nem sempre é possível quando falamos de sistemas de *machine learning*. Assim, uma das medidas possíveis seria o emprego de técnicas de inteligência artificial explicável, capazes de identificar ou reconstruir racionalidades de decisão sobre variáveis mercadológicas, de modo a permitir a adoção de medidas de correção ou ao menos mitigação do risco de equilíbrios colusivos.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Mas além da colusão algorítmica entre concorrentes, é possível que algoritmos que operam as relações entre elos de uma cadeia produtiva ou entre orquestrador e orquestrados em um ecossistema adote padrões para privilegiar o orquestrador, levando a discriminações com possíveis efeitos exclusionários. Há a hipótese, por outro lado, do próprio algoritmo detectar e indicar preferencialmente negócios ligados a orquestradores já com posição destacada em mercados correlatos. Nessa hipótese, o efeito pode ser até mesmo mais pernicioso tendo em vista que seria o próprio algoritmo a adotar, independentemente de intervenção humana, condutas verticais como *leveraging* e *self-preferencing* em benefício do agente central e em detrimento dos orquestrados. Condutas verticais deste tipo tenderiam a afetar de modo negativo a força competitiva e a qualidade do ecossistema concorrencial.

Aqui entra a necessidade de coordenação, em alguma medida, do arranjo institucional, entre o *enforcement* antitruste e de inteligência artificial responsável. Plataformas e, principalmente, orquestradores em ecossistemas poderiam ser submetidos a deveres de *due-diligence* e de cuidado mais rigorosos na construção de seus algoritmos e no policiamento dos respectivos ecossistemas, justamente tendo em vista o papel central que desempenham e os riscos associados ao emprego de inteligência artificial. Estas abordagens ainda estão em debate e há divergência sobre quais seriam as melhores práticas de mitigação desses riscos, sendo bastante possível que as medidas variem de mercado para mercado ou para cada tipo de aplicação de sistemas de inteligência artificial. Daí ser desejável uma forma de regulação flexível, tanto no tempo, como nos diferentes setores de atividade, para que as medidas técnicas e organizacionais adequadas possam ser adaptáveis e sigam a dinâmica de desenvolvimento tecnológico.

LAURO CELIDONIO

Conte-nos sobre sua carreira em Direito Concorrencial e quais foram os casos que mais te marcaram ao longo dos anos.

Minha carreira em direito concorrencial teve início antes da edição da Lei 8.884. Eu era recém chegado ao Mattos Filho (MF), e atuava em contencioso e direito público e administrativo, muito focado em infraestrutura. Quando o Projeto de Lei começou a tramitar eu e outra sócia do MF, a Helena Pugina, fomos nos atualizar sobre antitruste na Europa e Estados Unidos. Minha especialização em direito administrativo e público, especialmente em processo administrativo, e processo civil, e experiência em contencioso, ajudaram bastante no entendimento da abrangência que a lei deveria ter, na conformação e atribuição do CADE, SDE e SEAE, e nos ritos processuais, especialmente processos administrativos. Estudamos bastante o antitruste americano e europeu, fizemos cursos de microeconomia voltados ao antitruste. Os primeiros atos de concentração em que trabalhei foram operações internacionais, com reflexos no Brasil, sem grande complexidade. O primeiro ato de concentração mais complexo foi a operação por meio da qual a Henkel adquiriu a Cola Tenaz. Como a Henkel atuava no mercado de colas por meio da Cola Pritt, em bastão, houve uma grande discussão sobre o mercado relevante de produto no caso. Em seguida, outro ato de concentração relevante foi a aquisição da Loctite pela Henkel, que também envolveu várias discussões sobre mercados relevantes e rivalidade no mercado de adesivos industriais. No mercado de tecnologia a operação entre TOTVS e Datasul, no qual tivemos uma discussão muito interessante sobre política industrial e indução de investimentos pelo Estado e BNDES. Várias operações do Grupo Pão de Açúcar, nas quais foram se conformando as definições de mercados relevantes geográfico e de rivalidade entre tipos de lojas – supermercados e hipermercados. O ato de concentração Camargo Correa Cimentos (InterCement, atualmente) e Cimpor foi muito interessante,

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

pois numa primeira fase houve a aquisição de participações na Cimpor por InterCement e Votorantim que competiam para adquirir a empresa (posteriormente houve a aquisição do controle pela InterCement), e enfrentamos uma das primeiras grandes impugnações a um ato de concentração pela CSN. De lá para cá, dezenas de atos de concentração interessantes, alguns mais complexos que outros. XP e Itaú, envolvendo discussões sobre a abertura digital do mercado financeiro, Kroton e Anhanguera, com a discussão sobre os mercados de ensino a distância. Mais recentemente Holcim e CSN, com grande discussão sobre mercado relevante geográfico de cimento.

Vários casos de conduta foram interessantes, mas destaco dois – o cartel do cimento, cuja discussão se moveu para o Judiciário, em ações de anulação da decisão do CADE e ações civis públicas e de perdas e danos; e a investigação contra montadoras de automóveis por abuso de direitos de propriedade industrial, por manterem e exercerem direitos relativos a registros de desenho industrial de peças exteriores de veículos, as chamadas *crash parts*. Foi uma discussão que envolveu a relação entre concorrência e propriedade industrial, direito comparado, pareceristas ilustres, e direito do consumidor.

Quais foram os principais desafios que enfrentou como presidente do IBRAC durante a pandemia de COVID-19? Como foi possível superá-los?

Para o IBRAC a pandemia foi, inicialmente, um tremendo desafio, pois todas as nossas atividades eram presenciais – reuniões de comitês, Conselho, Diretoria, assembleias, seminários. E esses eventos presenciais, especialmente os “grandes seminários” eram uma grande fonte de receitas para a entidade. As anuidades não bastavam. Tomamos medidas imediatas para contornar as dificuldades e manter nossas atividades, adquirindo imediatamente licenças de ferramentas de comunicação, melhorando nossa infra, atualizando-nos em tecnologias que iam surgindo para permitir reuniões “online”, sempre com o apoio do José Carlos, da Dora e da Solange, e claro, da Diretoria. Embora essas

tecnologias permitissem nossas reuniões e eventos virtuais, não resolviam o problema de caixa. Então elaboramos e implantamos o plano de patrocínios gerais anuais, pois nos eventos “online” não haveria cobrança de inscrições. Foi um grande sucesso. Nossos associados apoiaram em massa, o que permitiu manter e aumentar substancialmente nossos eventos e público. A realização de eventos sem a cobrança de inscrições aumentou substancialmente nossa visibilidade, e novos associados vieram se juntar ao IBRAC. Foram dezenas de eventos com milhares de assistentes.

Do ponto de vista, por assim dizer, substantivo de nossas atividades, em nossas áreas de atuação, desde logo houve grande debate com o CADE sobre as sessões de julgamento – como seriam realizadas virtualmente, como seriam as sustentações orais. Como o CADE se adaptaria às novas metodologias de comunicação sem prejudicar o direito de defesa e o contraditório. Despendemos um tempo enorme discutindo com o CADE, e mesmo com o Congresso, novas normas que permitissem a associação de empresas em crise por causa da pandemia, processos sumaríssimos, autorizações precárias para operações, isenção de notificação, etc... ao fim tudo foi correu muito bem, e o temor de uma enxurrada de operações de emergência não aconteceu. O mercado se adaptou à pandemia. Por outro lado, o IBRAC teve que se manifestar diversas vezes contra propostas populistas que pretendiam estabelecer controle de preços em diversos setores afetados pelo aumento súbito de demanda na pandemia. Foi um período de muito aprendizado e resiliência, graças a toda nossa equipe, Conselho e Diretoria.

Se o Sr. pudesse indicar três “ingredientes” fundamentais para o sucesso profissional na advocacia concorrencial, quais seriam eles? Por quê?

O primeiro ingrediente, obviamente, é o conhecimento do direito concorrencial, de suas teorias, da jurisprudência do CADE, dos estudos e cadernos do CADE, e também do direito comparado, da

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

sistemática dos processos em outras jurisdições. O antitruste é internacional. Muitos clientes são multinacionais e operações e investigações por vezes são “multijurisdicionais”. Portanto, conhecer a doutrina e jurisprudência internacionais é muito relevante. E somos muito bem servidos aqui para obter conhecimento. Temos acesso fácil a documentos do CADE, a precedentes, a eventos e debates. A transparência que a comunidade antitruste adotou no Brasil é fantástica. Ao mesmo tempo, entretanto, precisamos ultrapassar o antitruste, e conhecer bem o direito público e administrativo brasileiros. Entender os fundamentos constitucionais e de direito público que embasam o direito da concorrência brasileiro, incluindo os princípios da liberdade econômica, da livre iniciativa e da livre concorrência que são fundamentos da economia de mercado.

O segundo ingrediente é a disposição para defender a economia de mercado perante o CADE e qualquer outra autoridade que ensaie intervenções e regulação de mercado. Disposição e conhecimento jurídico para defender seus clientes e tentar manter essa intervenção estatal dentro dos limites legais de modo que não ameacem a livre concorrência e a livre iniciativa. Essa disposição, inerente àqueles que escolhem nossa nobre profissão, juntamente com o conhecimento de direito público e de processo, são importantes, e ainda mais relevantes perante o judiciário, na contestação de decisões do CADE ou qualquer autoridade que afronte a liberdade econômica do cliente, seu amplo direito de defesa, ou abuse da regulação. Nesse sentido, o advogado não deve ter receio em desafiar em juízo toda e qualquer autoridade – do CADE a Agências reguladoras, ainda que mantenha com elas bom relacionamento profissional nos processos administrativos, discussão de regulação, atos de concentração. Por outro lado, o advogado deve ter o discernimento e o bom senso de aconselhar seu cliente a negociar com a autoridade, realizar acordos e ceder quando esta estiver atuando de forma correta, dentro dos parâmetros legais, econômicos e regulatórios. Bom senso é essencial. E, ética também. Atuar sempre de acordo com os

princípios éticos da OAB, exercendo a profissão com *expertise* e combatividade.

O terceiro ingrediente, a meu ver, é o necessário interesse por conhecer a fundo as atividades do cliente, seus mercados de atuação. Sua produção, distribuição, contratos, enfim, entender sua operação e seu planejamento. Ou seja, conhecer o mercado. O advogado concorrencial tem que ser curioso para estudar e aprender o mercado do cliente, formar com ele uma parceria para obter e direcionar as informações. Entender as estratégias empresariais de curto e longo prazo. Pensar estrategicamente com vistas a defender o cliente hoje, mas com um olhar para as futuras operações, evitando situações contraditórias em operações que poderão se seguir.

O quarto ingrediente, muito importante, é se associar ao IBRAC. Acompanhar nossos eventos, debates, reuniões. O IBRAC é essencial para o advogado concorrencial (para os economistas também). Impressionante nossa energia e disposição. Debater sempre.

LEONOR CORDOVIL

Na sua visão, qual será o futuro da prática concorrencial, sob a ótica da advocacia e sob a ótica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”)?

A prática concorrencial depende de muitas variáveis. A principal delas é a situação da própria autoridade. É o Cade quem dita boa parte do que fazemos, já que dependemos dele para dar seguimento às investigações, abrir novos processos ou declarar a complexidade de nossos atos de concentração. A segunda variável é a própria economia brasileira. A depender do contexto macroeconômico, temos mais ou menos trabalho em nossas mesas. A terceira variável é o respeito que a sociedade tem pelo direito em geral. Se há descrença nas leis e nas instituições, são cometidas mais infrações e somos menos consultados (previamente). Se a sociedade acredita que a autoridade tem dentes (pune), há mais preocupação com a conformidade e muito mais consultas (a nós) sobre o que se pode fazer. Conteí uma longa história que, enfim, pode ser resumida na palavra que os advogados mais gostam de falar: depende. Ou seja, o futuro da prática concorrencial depende de muitos fatores, e é bem difícil prever o caminho e a chegada. Se você me fizesse essa pergunta há cinco anos, sobre o nosso futuro em 2022, eu teria errado!

Feita essa observação inicial, vale imaginar, elucubrar, ou, como diriam os americanos, dar nosso “educated guess” sobre o futuro.

Sob a ótica da advocacia, o futuro espera mais trabalho, e um trabalho cada vez mais sofisticado. Se compararmos com o que vimos há 10 anos, já podemos sentir o aumento dessa sofisticação. Veja o tamanho dos votos, por exemplo, ou o tamanho dos pareceres. Os advogados têm se deparado com questões mais complexas. Mesmo nos mercados chamados pelos americanos de ‘brick and mortar’, ou seja, o mercado de carne e osso, já estamos falando em algoritmos, comunicações criptografadas, problemas em mercados que eram tradicionalmente

descomplicados. Antes, nossos clientes faziam parte de mercados de produtos homogêneos, oligopolizados, com altas barreiras à entrada. As práticas se sofisticaram, o perfil dos que nos consultam não é mais aquele antigo.

Além disso, o que aumentou muito, e acho que aumentará ainda mais, são as consultas. Trabalhávamos com um universo de processos e atos de concentração. Hoje, boa parte da nossa prática vem das consultas, da análise prévia, do cliente que quer saber se ele pode fazer ou não. Isso talvez reduzirá o número de processos administrativos, mas ainda não podemos afirmar com certeza. O que sinto é que os advogados têm se dedicado mais àquilo que não aparece no Diário Oficial.

Sob a perspectiva do Cade, vejo uma autoridade mais politizada (mais próxima ao Governo Federal) do que há dez anos ou a hoje. Esse é um movimento sentido não somente no Brasil, mas também em outras jurisdições.⁸¹ Antes, o direito da concorrência era uma matéria difícil, não era fácil achar alguém que quisesse ser um conselheiro, ou que quisesse assumir a responsabilidade pelo julgamento de um caso difícil. Por isso, era natural ter conselheiros que já tinham experiência longa na área, o que não é mais o cenário. A área parece ter ficado mais palatável, muitos já a estudam na faculdade, há mais corajosos e, por isso, mais gente próxima aos governantes do país.

Isso não é ruim, porque o neófito, que não tem experiência, também não tem vícios, aprende com a prática, basta ser inteligente. Por outro lado, é importante que tenha pelo menos o raciocínio concorrencial formado, caso contrário a curva de aprendizagem infelizmente penalizará os agentes econômicos que a ele forem submetidos enquanto ele aprende. O mais desejável, porém, é uma boa mistura, um panorama em que há tanto novatos quanto mais experimentados na cultura concorrencial.

⁸¹ Para a reflexão, vale ler *Antitrust without Romance*, de Thibault Schrepel, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3395001.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Outra coisa notável é o orçamento do Cade. Graças ao esforço de seus presidentes, o Cade pode fazer, hoje, muito mais do que podia antes. Há mais recursos para boas iniciativas, para mais eventos, mais educação concorrencial, do que no passado. Se continuar como está hoje, o Cade será capaz de alocar cada vez melhor esses recursos, e isso será bom para todos nós.

A Sra. é uma das cofundadoras da Rede WIA (Woman in Antitrust) no Brasil. Qual a sua avaliação atual sobre paridade de gênero em sua área de atuação?

Recentemente, encontrei um colega de outra área que, ao me ver, bastante sem graça, veio logo dizendo “Leonor, lá no escritório só temos uma sócia, mas 85% das nossas coordenadoras são mulheres, o que significa que daqui a pouco teremos muito mais sócias.” Ele estava se referindo a uma foto publicada por uma famosa revista editorial jurídica, em que essa única sócia aparecia em meio a sete homens. Ao ver a foto, eu mandei um e-mail carinhoso para ele, dizendo: “você estão lindos, mas a foto está feia”.

É bom ver que a preocupação começa a existir, mas ainda está bastante distante do ideal. Essa foto não deveria ter saído assim, não em 2022. Eu me formei há 20 anos, e minha turma, na faculdade, foi a primeira, de uma escola centenária, que tinha mais mulheres do que homens. Se isso aconteceu há duas décadas, por que ainda temos tantos escritórios com esse perfil?

Outro dia, uma colega da área me contou que seu famoso escritório ainda penaliza as mulheres que saem de licença maternidade, retirando-lhes o direito a bônus. Em uma sociedade em que os homens ainda não podem tirar seus quatro meses de licença paternidade, isso não deveria acontecer. Eu acharia justo tirar o bônus (porque é resultado da contribuição dos advogados) se os homens também tirassem a licença. Essas e outras coisas ainda são vistas em escritórios, na advocacia em geral.

Quando fundamos o WIA, escutamos muitos colegas questionarem “para quê?” ou “Precisa?”. O que mais ouvimos foi “mas na nossa área há tantas sócias maravilhosas, líderes de escritórios bons, líderes da nossa prática”. Até hoje eu não sei o que pensava quem fez os comentários. Sim, temos sócias maravilhosas, impossível falar o nome de todas elas aqui sem cometer injustiças, mas a questão não é essa. O invisível é o quanto essas mulheres lutaram, a mais, para chegar lá. A escada não foi a mesma, é isso que ninguém entende.

Estava faltando essa iniciativa na nossa área, e sou muito grata por estar ao lado da Amanda Athayde e da Juliana Domingues, que perceberam isso e já eram vozes do assunto. Hoje o Wia é uma rede, da qual nós somos apenas fundadoras, mas que é de todas nós. O próprio desenvolvimento da área já diz muito sobre o quanto ela era necessária.

Algo muito importante a dizer é o apoio e participação do Cade. O Wia conta hoje com muitas servidoras e muito apoio da nossa autoridade, e somos muito felizes por isso. Assim, conseguimos também olhar para a área pública, saber o que acontece lá dentro (nas discussões de gênero) e, ao menor sinal, discutir se faremos alguma coisa para ajudar.

Nós ainda enfrentamos a falta de conselheiras. Nunca tivemos igualdade e, quando achamos que estamos muito perto, voltamos várias casas. Infelizmente, isso não é nada que o Cade possa fazer, pois as indicações são políticas e dependem do Governo Federal, de um Brasil ainda muito ultrapassado nessa seara. Dizem que o futuro a Deus dará, mas tenho bastante esperança de que isso irá mudar no médio prazo.

Podéria fazer uma linha do tempo sobre programas de compliance, relacionando passado, presente e futuro; bem como apontando a influência desse tema na esfera concorrencial?

Adoro quando alguns especialistas dizem que o compliance começou com a Operação Lava Jato. Recentemente, achei apresentações de powerpoint em que falei sobre o assunto em 2005. Ou seja, muito

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

antes de qualquer força tarefa recente, nós, os concorrencialistas, já falávamos sobre isso, já dávamos dezenas de treinamentos, já criávamos nossos códigos de conduta e já fazíamos investigações. Todo mundo já se esqueceu de que a lei anticorrupção copiou a lei concorrencial. Isso não é justo, mas só nos resta achar engraçado. Por isso, você, leitor, por favor corrija isso quando ouvir.

Feita essa digressão, vamos responder à pergunta. Uma vez uma estagiária me perguntou: “Leonor, se nós ficarmos treinando tanta gente, ensinando o que não pode fazer, como é que teremos trabalho no futuro?”. Ela queria dizer que, ao treinarmos, evitávamos as infrações futuras, e ficaríamos sem investigações e erros que hoje são parte do nosso ganha-pão. A minha resposta foi honesta e, acho, bastante correta. Eu respondi que parte dos executivos aprendiam sim, mas uma outra parte apenas se sofisticava. Prova disso são as atuais trocas de informações sensíveis, que são o novo cartel.

As empresas querem cada vez mais se conformar à lei concorrencial, e, nos treinamentos e entrevistas, é grande o número de pessoas que já ouviu falar na matéria. Antes, tínhamos que explicar o que é o Cade, hoje isso não é mais necessário. A cultura concorrencial é, na minha opinião, uma menina crescida. Hoje os executivos sabem que estão fazendo errado – embora ainda existam exceções – e fazem de tudo para esconder a sua prática. Por isso, o compliance também precisou se sofisticar, as empresas por vezes têm profissionais que só se dedicam ao assunto, cada vez mais preparados para investigar, desconfiar e saber como reagir a uma prática potencialmente ilícita.

MAURO GRINBERG

O Sr. foi sempre muito atento em fortificar a relação entre a advocacia e as autoridades concorrenciais, sempre, inclusive, o realizador de um guia de boas práticas para as autoridades. Em sua avaliação, que momento dessa relação advogado/autoridade estamos vivendo?

Estamos vivendo uma relação ambígua. Por um lado, somos todos defensores da livre concorrência, cujo direito deve unir todos os seus operadores com vistas ao objetivo comum. Aliás, há até o comando do art. 6º do Código de Processo Civil (CPC): “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Este é um artigo que precisa ainda ser trabalhado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e sua Superintendência-Geral (SG), até porque é uma importante inovação que, sendo texto de lei, não pode ser ignorada. É importante que a autoridade internalize as definições legais de que “o advogado “presta serviço público exerce função social” (Lei 8.906/1994, § 1º do art. 2º) e que “não há hierarquia nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público” (mesma lei, art. 6º).

Por outro lado, vemos que existe uma certa desconfiança de algumas autoridades com relação à função e ao trabalho dos advogados e das advogadas, como se estes e estas constituíssem entraves ao bom funcionamento da máquina governamental. Não se trata aqui de criar uma dissertação sobre a função da advocacia mas isso tudo leva à constatação clara de que, quando o advogado ou a advogada comparece a uma audiência judicial ou a um ato do processo administrativo, está na verdade – salvo raras situações de má-fé (devendo a má-fé, se for o caso, ser comprovada) – colaborando com o Poder Judiciário ou com a Administração Pública, independentemente da decisão e/ou do desejo da

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

autoridade judicial ou administrativa, tudo por força de lei. E merece respeito como colaborador, no melhor sentido desta palavra.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa são aplicados também ao processo administrativo, quanto a isso inexistindo dúvida. O que é preciso examinar é a forma da aplicação desses princípios. Se o advogado ou a advogada encontra dificuldade para marcar uma reunião com a autoridade, se é preciso autorização prévia para que o advogado ou a advogada entrem no edifício onde funciona a autarquia, se basta uma decisão negativa para barrar o ingresso do advogado ou da advogada (ou ter que ficar tempo indeterminado à espera do lado de fora), se ao chegar ao andar em que vai ocorrer a reunião o advogado ou a advogada são “escoltados” por um funcionário ou funcionária (ficando claro que não pode abrir nenhuma outra porta), o exercício da sua função (lembrando que, por definição legal, está prestando serviço público) fica prejudicado.

Em resposta direta à pergunta, deve ficar claro que, se existem advogados ou advogadas que eventualmente mereçam alguma restrição – o que se admite aqui em tese –, os casos em que isso ocorre são exceções que como tal devem ser considerados, não se criando restrições a toda uma classe que procura colaborar com a autoridade. Essa relação entre a advocacia e a autoridade pode e deve ser saudável, aberta e capaz de trazer frutos para o bom desenvolvimento dos processos em curso. Enquanto o processo administrativo sancionador tem curso, vigora o princípio da inocência até decisão definitiva contrária, sendo que o advogado e a advogada não estão defendendo um transgressor da lei mas apenas uma pessoa acusada.

Lembremos que, em se tratando de processo administrativo sancionador, temos a formulação dialética: acusação, defesa e decisão (originalmente tese, antítese e síntese). Nos processos administrativos do Cade, a acusação é feita pela SG, a defesa é feita pelo advogado ou advogada da parte acusada e a decisão é tomada pelo Plenário do Cade. Todavia, para que a defesa seja plena, com exercício do contraditório e da ampla defesa, é necessário que o diálogo entre a advocacia e a

autoridade, em todos os níveis, seja pleno. Já existe a institucionalização entre acusação e decisão dentro do mesmo órgão administrativo, ou seja, sem a paridade de armas; a limitação do diálogo entre a advocacia e a autoridade podem inviabilizar a aplicação dos princípios mencionados.

Em entrevista publicada em livro editado pelo IBRAC em 2009, o Sr. se refere à criação da Autolatina como o principal caso em que participou como Conselheiro do CADE (1986-1990). Fazendo um exercício hipotético, como o Sr. vislumbra os desafios da análise antitruste e desfecho da operação supramencionada, caso submetida sob a vigência da Lei 12.529/2011?

Infelizmente não se encontram mais os arquivos oficiais e tenho que recorrer à memória. A constituição da Autolatina foi levada ao Cade não porque tal controle fosse obrigatório – não era – mas por razões distintas. De fato, estabelecia o art. 74 e suas alíneas da referida lei: “Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pelo CADE, os atos, ajustes, acordos ou convenções entre as empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios que tenham por efeito” “equilibrar a produção com o consumo”, “regular o mercado”, “padronizar a produção”, “estabilizar os preços”, “estabilizar a produção ou distribuição”, “estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas”.

A ambiguidade da redação em um mundo de negócios que iniciava um processo de sofisticação econômica levou à conclusão de que a submissão ao Cade, por não trazer critérios claros de obrigatoriedade e por não estabelecer claramente penalidades palpáveis, era voluntária. Além disso, não obstante ser uma lei basicamente capitalista, era vista com certo receio pelo governo militar pois fora promulgada no governo anterior. Foi nesta circunstância que Ford e Volkswagen apresentaram, para aprovação, a criação da Autolatina. Esta teria a clara vantagem de permitir que as duas empresas unissem seus

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

esforços exportadores, fazendo suas operações conjuntamente, enquanto permaneceriam concorrentes no mercado nacional. A aprovação, dados tais fatos, não gerou problemas, afinal não afetaria o mercado brasileiro. Na prática não foi bem isso que ocorreu após a aprovação.

Se apresentada hoje, estou certo de que uma operação entre gigantes da indústria – em provavelmente todos os campos – que tiver por objetivo apenas atividade exportadora seja aprovada com relativa facilidade, até porque as participações se demonstram reduzidas no mercado relevante global. Mas restariam os remédios, as restrições, não com relação à operação de exportação em si mas com relação à atividade no mercado interno. Na época da criação da Autolatina, nem se falava em remédios.

Tem sido mencionada, inclusive pelo primeiro Presidente do IBRAC, Carlos Francisco de Magalhães, a invasão de direitos e jurisprudência estrangeiros que não condizem com nosso direito. Qual a sua opinião?

Eu sempre fui contrário à aplicação sem filtros de conceitos estrangeiros e isso se aplica claramente aos conceitos apresentados como opostos (que Eduardo Molan Gaban, ao dizer que “a diferença entre essas duas regras reside na quantidade de informação necessária antes da tomada de uma decisão pelo tribunal administrativo”⁸², mostra não serem tão opostos assim) da regra *per se* e da regra da razão. Tradicionalmente o Cade tem decidido que a regra *per se* se aplica nos julgamentos de alegados cartéis. A Constituição Federal não admite essa interpretação pois consta no § 4º do art. 173 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”.

Concentremo-nos, para efeito deste texto, na expressão “que vise a”. Calixto Salomão Filho é claro ao dizer que “o elemento volitivo

⁸² “Regra ‘per se’ no direito antitruste brasileiro: um grande erro” em “Colunas da WebAdvocacy”, 2022, Vol. 1, pág. 69

está inegavelmente presente” tanto na expressão constitucional “que vise a” quanto na expressão do art. 36 da Lei 12.529/2011 “que tenham por objeto”⁸³. Já escrevi alhures⁸⁴ que a expressão “ou possam produzir” seguinte à “que tenham por objeto” do artigo legal mencionado é inconstitucional, por ir contra a expressão constitucional “que vise a”. Uma determinada ação pode surtir efeitos mas, se não foi praticada com essa intenção, não é infração.

Ou seja, existe claramente a necessidade de que o agente de uma infração contra a ordem econômica (aqui tomada esta expressão como igual à expressão constitucional “abuso do poder econômico”) tenha a intenção de praticá-la. Ninguém produz uma infração dessas “sem querer” pois a Constituição exige o elemento volitivo. Portanto, considerada inconstitucional a expressão “ou possam produzir” do art. 36 da Lei 12.529/2011, tem-se que também não se pode aplicar a regra *per se* no processo administrativo do Cade.

Vale lembrar aqui, embora isso não seja objeto do quesito, que no mesmo texto em que apresentei a inconstitucionalidade acima referida, disse ser inconstitucional também a expressão “independentemente de culpa” pelos mesmos motivos, ou seja, porque o elemento volitivo é central na definição da infração contra a ordem econômica. Ou seja, não dá para dizer que o autor do ato contrário à ordem econômica não tem culpa, uma vez que a Constituição exige a vontade de praticar o ato. Nisso encontro apoio em Guilherme Ribas: “A incidência da responsabilidade objetiva vem sendo aceita sem maiores debates na jurisprudência do CADE. Na doutrina, contudo, prevalece o entendimento, com o qual se concorda, de não ser possível afastar a culpabilidade por tratar-se de princípio constitucional”⁸⁵

⁸³ “Direito Concorrencial”, Malheiros, São Paulo, 2013, pág. 400.

⁸⁴ “Artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência: um caso de inconstitucionalidade parcial”, em “Colunas da WebAdvocacy”, 2022, Vol. 1, pág. 126.

⁸⁵ “Processo Administrativo de Investigação de Cartel”, Singular, São Paulo, 2016, pág. 50.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Voltando à regra *per se*, ela é uma criação jurisprudencial norte-americana, tomada no sistema da *common law*, um sistema que trabalha com o conceito claro de que os precedentes integram os conceitos legais e, sobretudo quando emanados das Cortes Superiores, são vinculantes. Esse efeito vinculante começa a ser aplicado, ainda que timidamente, no Brasil; mas obviamente depende de decisão proferida no Brasil e não nos Tribunais de outro país. Assim, valendo a regra *per se* para os Estados Unidos, face a uma decisão da Suprema Corte, não pode ser aplicada no Brasil como se lei fosse. O direito brasileiro faz parte do sistema romano-germânico ou, como chamam nos Estados Unidos, *civil law*.

É claro que há realmente inspiração no direito norte-americano, como narra Benjamin Shieber ao citar discurso do Deputado Agamenon Magalhães, quando da tramitação do projeto apresentado em 1948 e que resultou na Lei 4.137/1962: “o projeto se inspirou na legislação norte-americana, servindo-se de seu sistema em combinação com o nosso e levando em conta as adaptações resultantes da organização judiciária brasileira”⁸⁶. Mas essa inspiração não pode significar aplicação direta de direito estrangeiro no Brasil.

Um exemplo que costumo trazer à discussão é o do hipotético caso 70/15/15 (os números podem mudar), em que, havendo um mercado com três participantes, uma empresa dominante tem 70% do mercado relevante e duas outras têm 15% cada uma. As duas empresas menores se engajam em uma combinação de preços e condições comerciais e são acusadas de prática de cartel. A prática revelada é real, existe o conluio. Mas existe infração contra a ordem econômica? A aplicação pura da regra *per se* indica que sim; mas, ao aplicarmos a regra da razão e a lei brasileira, não encontramos eliminação da concorrência ou dominação de mercado. Ao contrário um competidor forte, com 30%, exerce concorrência mais efetiva contra a empresa dominante com 70%.

O caso hipotético acima é bem explicado por Benjamin Shieber: “um contrato de compra e venda de uma empresa por outra, quando

⁸⁶ “Abusos do Poder Econômico”, RT, São Paulo, 1966, pág. 18.

ambas, em conjunto, controlam uma parte insignificante do mercado, não deve ser proibido, não obstante ser o motivo do comprador a eliminação de um concorrente”⁸⁷. O autor mencionado analisava o início da aplicação do Sherman Act (a primeira lei antitruste norte-americana, de 1890), que falava em qualquer forma de restrição comércio. O que a Suprema Corte fez, caso da Standard Oil de 1911, foi acrescentar a palavra *unreasonable*, criando assim a regra da razão.

Mas não adianta continuar falando em regra *per se* ou regra da razão se, mesmo nos Estados Unidos, como nos mostra Jonathan Baker, hodiernamente se passou a um sistema que harmoniza as duas regras: “Antitrust decision rules have continued to evolve and today typically adopt a burden-shifting approach that structures the rule of reason and harmonizes it with *per se* analysis”⁸⁸. Na sequência, o autor passa a descrever um sistema que se parece muito com o sistema processual brasileiro de distribuição do ônus da prova. Nesta situação é a *common law* que se aproxima da *civil law*.

Retornando à minha crítica, a regra *per se* não deve ser admitida no direito brasileiro pois suas premissas são criadas em um sistema jurídico – *common law* – muito diferente do nosso – romano-germânico. É verdade que em muitos casos a globalização também ocorre no direito, sendo que os dois sistemas podem conviver e até mesmo podem se interpenetrar. Mas dizer que uma infração pode ocorrer sem o elemento volitivo é muito mais do que interpenetração de sistemas, é violação constitucional.

Enquanto o Sr. atuou no Governo (foi nomeado Conselheiro do Cade em 1986), quais foram os principais desafios enfrentados? Poderia nos contar um bastidor desse período?

⁸⁷ Obra citada, pág. 75.

⁸⁸ “The Antitrust Paradigm”, Harvard, Cambridge, 2019, pág. 68.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

É preciso mencionar as circunstâncias – do Brasil, do Cade e minhas – em que tudo isso ocorreu. Começando pelas minhas circunstâncias, eu era Procurador da Fazenda Nacional⁸⁹ e, na ocasião, atuava em Brasília nas negociações dos contratos da dívida externa, representando o Governo do Brasil. O meu amigo José Paulo Cavalcanti Filho⁹⁰ era então Secretário-Geral (essa posição hoje é de Secretário-Executivo) do Ministério da Justiça e foi, como tal, encarregado pelo Ministro de atualizar e redefinir o Cade, criado em 1962 e com atuação errática até então. Além disso, ficava no Rio de Janeiro e deveria ser transferido para Brasília.

Fui chamado pelo José Paulo para integrar uma comissão (da qual eu acabei sendo o escriba) que veio a redigir o decreto de nova regulamentação da lei então vigente, até porque chegou-se à conclusão que era melhor fazer o órgão funcionar e depois ter condições de mudar a lei. Considero que, tirante a já então obsoleta parte processual, a lei vigente poderia funcionar muito bem e sua reforma, a não ser em alguns detalhes, não era necessária, pois era uma boa lei material. Ainda hoje lembro da clarividência daquele grupo em deixar a lei como estava e trabalhar em documento infralegal que resolveria a situação. E o decreto foi feito. Fui algumas vezes com o José Paulo à Casa Civil conversar com o Dr. José Celso de Mello (antes dele se tornar Ministro do Supremo Tribunal Federal), que foi nosso elo de ligação com a Presidência da República.

Depois, com a desincompatibilização do Ministro da Justiça, que concorreria nas eleições para a Assembleia Nacional Constituinte, o José Paulo também deixou a Secretaria Geral e eu só vim a saber do Cade quando o seu recém nomeado Presidente, o Prof. Werter Faria, ligou-me para me convidar para integrar o Conselho, lembrando que nós não nos conhecíamos até então. Aí houve uma outra situação curiosa, pois todos diziam que eu não deveria gastar meu tempo com isso, que o Cade não

⁸⁹ Por concurso público, na carreira da qual sou hoje aposentado.

⁹⁰ Recentemente tomou posse como “imortal” da Academia Brasileira de Letras.

tinha a menor importância, etc.; algumas leituras do que ocorria na Europa (estamos falando de tempos anteriores à internet) e uma alta dose de teimosia me levaram a aceitar. Seria, no mínimo, uma experiência interessante. Ou seja, e como diriam os gaúchos, eu vi o cavalo passar selado, achei válido e montei.⁹¹ A opinião pública em geral gostava do controle direto de preços, essa história de Cade era meio complicada para a maioria das pessoas. O controle de preços tinha resultados imediatos, embora efêmeros, e o discurso que o sustentava era intenso.

Já no Cade, a tarefa maior foi convencer a sociedade de que o Cade era importante, que poderia fazer pela economia o que décadas de intervenção direta não tinham feito. Se já não era tarefa fácil convencer o próprio Governo, ficava mais difícil ainda explicar à sociedade o que fazíamos. Lembremos que estávamos no apogeu do Conselho Interministerial de Preços (CIP) e da Superintendência Nacional do Abastecimento (Sunab), que exerciam controle de preços direto, embora geralmente equivocado, já que reuniam os principais agentes em cada mercado no qual intervinham. Aliás, esses dois órgãos inicialmente não se dignavam sequer a responder aos nossos ofícios, atestando assim a opinião deles sobre a nossa insignificância.

Um caso interessante (além do caso da Autolatina, já acima referido) que ocorreu nesse período foi o julgamento de uma alegada infração envolvendo o mercado de um produto químico do qual participava também uma empresa estatal, subsidiária da Petrobrás, acusada de discriminação para com as empresas adquirentes desse produto. A regra processual da época implicava em que o processo tivesse início com o depoimento do Presidente da empresa, que, tendo eu sido sorteado Relator, intimei. Talvez eu tenha sido inocente por não imaginar o que ocorreria

O Ministro de Minas e Energia, de grande influência no Governo, ficou indignado por um “funcionário subalterno” intimar o

⁹¹ Demais Conselheiros: Ana Maria Augusto (depois substituída por Isabel Vaz), George Marcondes Coelho de Souza e Jeová Sobreira (o único economista).

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Presidente de uma estatal e se dirigiu ao Presidente da República, que chamou para uma reunião o Ministro da Justiça (eu nunca soube o que foi falado naquela reunião, embora possa intuir). Como eu poderia imaginar, mesmo que longinquamente, que um ato meu, simples e direto, no cumprimento do dever, iria levar a uma conversa entre o Presidente da República e dois Ministros de Estado?

Esse caso levou a dois eventos: (i) o Presidente da estatal compareceu, acompanhado de seu advogado, foi extremamente educado e solícito, respondeu a todas as perguntas e no final o advogado elogiou a conduta do Cade (como se outra conduta fosse possível ou imaginável); (ii) o processo foi arquivado pois a acusação não tinha sustentação. O evento mais importante, todavia, foi o respeito com que o Cade passou a ser tratado.

Conclusão

Foi uma enorme honra ter feito parte do Conselho naquela época pois tenho a noção clara de ter dado uma contribuição, mesmo que modesta, para a construção com a qual tento ainda colaborar, inclusive, como neste texto, com sugestões de convivência harmoniosa.

PATRÍCIA AGRA

A Sra. considera que as presidências do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) após o período em que esteve lá (2001-2008) passaram por mudanças significativas? Poderia eleger as principais mudanças e de que forma elas contribuíram para o aperfeiçoamento ou atraso da instituição?

O direito da concorrência, a lei e o CADE passaram por muitas mudanças nos últimos 20 anos. Institucionalmente, os mandatos do presidente e dos conselheiros passaram de 2 anos para 4 anos, não há mais recondução. Isso fez com que a interlocução da presidência do CADE com o Senado Federal, por exemplo, mudasse muito. Os mandatos mais longos e sem a recondução também alteraram tanto o perfil, como a atuação dos conselheiros. 2 anos era muito pouco e a recondução exigia um trabalho que era, no mínimo, *time consuming*. A atualização da lei 8.884/94, com a vigência da lei 12.529/2011, trouxe importantes alterações que tiveram como consequência também a redução na velocidade e na necessidade da emissão de resoluções que muitas vezes tinham como propósito essa “modernização” que a realidade estava exigindo. Por outro lado, o papel de representação institucional da presidência, domesticamente, mas principalmente internacionalmente, cresceu com a consolidação do CADE como uma das principais autoridades de defesa da concorrência e um importante *player* nas discussões sobre a matéria.

Um outro papel relevante da presidência do CADE é a proteção e o fortalecimento do CADE como instituição. Isso passa pela tranquilidade nos julgamentos, pela segurança garantida à sociedade, pela transparência em todas as atividades do CADE e pela garantia de amplo acesso ao órgão. Isso me pareceu ser sempre um valor a todas as gestões e sua importância deve continuar a ser reconhecida.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

O que a Sra. considera importante como qualidades e habilidades para um profissional que deseja atuar em Direito Concorrencial?

Acho que para uma boa atuação nessa área é preciso muito estudo, estar disposto a pensar “fora da caixa”, a analisar outros casos, de outras jurisdições, aplicando à situação específica. A matéria exige uma formação multidisciplinar, envolvendo economia, mas também direito administrativo, direito comercial, princípios do direito criminal, contencioso e contratos. Um enfoque, não só jurídico, mas também empresarial, também é muito importante. Enfim, é uma prática “jovem”, que está ainda em formação e desenvolvimento e para isso é preciso estar sempre estudando para acompanhar e quiçá participar dessa constante criação.

Qual o papel do IBRAC no desenvolvimento da política de defesa da concorrência? A pauta de igualdade de gênero é ativa e efetiva dentro do IBRAC?

O IBRAC sempre teve um papel importante na construção da defesa da concorrência e no desenvolvimento do próprio CADE: no fortalecimento institucional do órgão, no fomento ao estudo e desenvolvimento da matéria, na pesquisa das relações entre o direito concorrencial e outras políticas, ao criticar ou apoiar o CADE. O IBRAC apresenta à autoridade uma outra visão, a da sociedade, e se coloca como um espaço para discussão de ideias e temas, participando de sua evolução.

A igualdade de gênero é uma pauta que tem crescido em todos os foros e não seria diferente no IBRAC. O IBRAC tem essa preocupação e tem trabalhado buscando a igualdade nos espaços e o fortalecimento desse valor.

PAULA FORGIONI

Como foi o início de sua atuação em Direito Concorrencial? Qual a importância da academia para os debates envolvendo os casos de competência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”)?

A Itália tinha acabado de lançar sua primeira lei antitruste quando fui estudar em Bologna. Era quase natural interessar-se pelo tema. Quando voltei e decidi escrever meu doutorado em direito concorrencial, não havia praticamente nada sobre o assunto. Para a maioria dos nossos professores, direito concorrencial era algo que dizia respeito exclusivamente a interesses privados, desconectado da implementação de políticas públicas. O CADE servia para bem pouca coisa.

Tendo a acreditar que ministrei o primeiro curso de direito concorrencial no Brasil. Embora jovem, já era professora regular da Escola de Administração da Fundação Getúlio Vargas de São Paulo. O Prof. Antônio Angarita e o Prof. Dalmo do Vale Nogueira assumiram importantes cargos no governo estadual e chamaram-me no Palácio dos Bandeirantes, dando-me a notícia de que eu teria uma semana para iniciar o curso de direito econômico. Naturalmente, o enfoque foi o do antitruste. Muitos capítulos do meu livro “Os Fundamentos do Antitruste” foram escritos enquanto eu planejava as aulas. Jamais serei grata o suficiente por essa oportunidade e pelo incentivo do meu orientador, Prof. Eros Grau, que nem me deu espaço para pensar se aceitaria ou não a incumbência. Naqueles tempos, orientadores mandavam e nós obedecíamos. Ainda bem!

A partir de meados dos anos 90, a Academia brasileira desenvolveu-se incrivelmente na área do antitruste, até porque edificamos sobre uma forte tradição em direito econômico, no estudo das técnicas de que lança mão o Estado contemporâneo na implementação de suas políticas. Aprendemos desde cedo que o Direito Econômico é

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

uma lente, através da qual devemos olhar todas as instituições, jurídicas e econômicas. De certa forma, nosso antitruste seguiu uma estrada que já tínhamos diante dos olhos.

O CADE também fez a sua parte, saindo de uma salinha no Anexo ao Ministério da Justiça para se tornar uma das agências mais respeitadas do nosso País. O grande desafio é manter o nível de capacidade técnica e de seriedade política --- e isso não tem se mostrado fácil. A Academia não pode se curvar ao poder político; não pode ter medo de tecer críticas a decisões e composições, ainda que isso desagrade alguns integrantes do governo. Eles passam, as instituições ficam. A subserviência acadêmica é o mais perigoso dos males, pois cala a palavra e soterra a crítica construtiva.

A comunidade acadêmica e concorrencial já superou o debate de compatibilização e interlocução entre direito concorrencial e propriedade intelectual?

Na teoria, sim. Na prática, em hipótese alguma. Do ponto de vista teórico, concorrência e propriedade intelectual são políticas complementares. Na prática, há uma tremenda diferença de escopo, de visões e de aplicações. Cada vez mais, vemos a propriedade imaterial tornar-se o verdadeiro eixo do sistema capitalista. A propriedade de tijolos e cimento importa cada vez menos. A detenção da tecnologia é que dita as regras. Os “exclusivos” e seus monopólios expandem-se, em detrimento da concorrência e do bom fluxo de relações econômicas. Vejo a balança extremamente pendente para o lado da PI e, ao menos até agora, o direito concorrencial não foi capaz de reagir. Uma penalização aqui e outra ali, muitos protestos, muita esperança, muitos livros e seminários, mas nada que consiga mover uma palha desse perigoso desequilíbrio sobre o qual a humanidade está caminhando.

Quais seriam os maiores obstáculos para a consolidação de métodos alternativos de solução de conflitos em sede concorrencial?

Mundialmente, nos mais variados campos, o movimento pró-arbitragem é cada vez mais forte; o antitruste não é uma exceção. Nos Estados Unidos, a FTC chegou a delegar a tarefa de delimitação do mercado relevante para um tribunal arbitral.

A primeira questão é que, até por força constitucional, o direito concorrencial lida com direitos indisponíveis. No Brasil, a arbitragem não pode ser uma forma de a autoridade liberar-se de uma “batata quente”, delegando a solução para um tribunal privado, como parece ter acontecido algumas vezes. O tribunal arbitral também não pode ser o “gate keeper” que decide as condições de entrada e de permanência em um mercado.

Todavia, há espaço para a arbitragem, especialmente no que diz respeito à composição de danos, desde que todas as partes envolvidas aceitem essa forma de solução de conflito.

PAULO CASAGRANDE

Na sua visão, qual será o futuro da prática concorrencial, sob a ótica da advocacia e sob a ótica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”)?

Em várias partes do mundo, estão em curso discussões profundas a respeito dos fundamentos, objetivos e métodos do direito concorrencial, e isso vai influenciar a atuação dos 'operadores' dessa especialidade jurídica aqui no Brasil - estejam eles na posição de autoridades ou de advogados. Assim como aconteceu no passado, conceitos e abordagens desenvolvidos no exterior influenciarão a prática decisória do CADE bem como as estratégias e argumentos empregados pelos representantes de empresas junto à autoridade, sempre - claro - considerando as especificidades de nosso ordenamento jurídico e de nossa realidade institucional.

Esse é um processo iterativo. De um lado, o CADE pode ao longo do tempo ajustar prioridades de enforcement e considerar novas metodologias para investigar e decidir casos. Estes, por sua vez, são muitas vezes trazidos à autoridade por meio de notificação de atos de concentração e denúncias de práticas anticompetitivas.

Esse quadro pode ajudar a considerar possíveis caminhos da advocacia privada e da atuação do CADE nos próximos anos. Dentre as atuais questões em debate no cenário internacional, acredito que ao menos duas terão impacto relevante na prática concorrencial brasileira: como serão analisados arranjos cooperativos horizontais amplos para lidar com desafios ambientais? E qual o papel dos dados como fator relevante para a avaliação antitruste de condutas empresariais e concentrações econômicas?

A segunda está se desenvolvendo mais rápido por aqui. Tanto os integrantes do CADE quanto os advogados estão cada vez mais envolvidos em questões como a relevância de bases de dados,

dificuldades de acesso às fontes de informações, portabilidade de dados entre empresas de um mesmo mercado, padrões de interoperabilidade, e mecanismos de troca de informações setoriais. Isso requer um certo ajuste na análise: se antes nos concentrávamos mais em capacidade produtiva, volumes comercializados, redes físicas, logística de transporte e outros fatores mais "concretos" para apreciar o impacto de uma dada operação ou estratégia comercial, agora em vários casos precisamos, por assim dizer, adicionar uma 'camada de dados' para poder entender melhor a dinâmica dos mercados sob análise. A importância e a maneira de integrar essa 'camada' na análise antitruste é tema de bastante discussão, no exterior e também aqui.

A primeira é bem mais incipiente. Todavia, é a meu ver inevitável, na medida em que produtos brasileiros estarão cada vez mais sujeitos a barreiras comerciais não-tarifárias estabelecidas com base em critérios ambientais, sobretudo na Europa. Ademais, empresas têm sido pressionadas a adotarem medidas concretas para a redução de emissões, suspensão do desmatamento e expansão da reciclagem de resíduos, desafios que não podem ser realisticamente superados sem ampla cooperação entre agentes econômicos de uma mesma indústria. Mesmo que o CADE não tenha ainda adotado iniciativas análogas àquelas verificadas em outros países, como a publicação de guias específicos de análise, a autoridade será provocada cada vez mais pelas empresas - por meio de seus advogados - a analisar esse tipo de arranjo setorial, tanto na forma de atos de concentração quanto via denúncias de possíveis práticas anticompetitivas. É claro que o CADE não vai tomar o lugar do IBAMA; cada um cuidará de suas próprias competências. Todavia, essas questões envolvem novas formas de estratégias empresariais no mercado, especialmente via arranjos cooperativos, e a maneira de advogados apresentarem e autoridades apreciarem esses novos fenômenos vai certamente afetar a prática anticoncorrencial no país.

O tema prescrição já ensejou intensos debates no Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Qual é o atual

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

entendimento do Conselho sobre a aplicação deste instituto em casos de cartel? Diria que ainda há margem de discussão sobre a temática, principalmente considerando a atual composição do Conselho? Quais foram as principais teses desenvolvidas pelo Tribunal Administrativo nesses 10 anos de vigência da Lei nº 12.529/2011?

O atual entendimento do Conselho quanto ao prazo prescricional da pretensão punitiva da Administração em casos de cartel é relativamente simples: aplica-se o prazo de doze anos, em decorrência da conjunção das regras da Lei de Defesa da Concorrência e do Código Penal, dado que a prática de cartel pode também ser configurada como crime, nos termos da Lei de Crimes Econômicos (Lei 8.137, de 1990). Tal prazo é uma exceção à regra geral de prescrição quinquenal na esfera administrativa, prevista tanto na LDC quanto em outros diplomas. Por outro lado, o prazo de cinco anos é aplicável a todas as demais condutas anticoncorrenciais, mesmo as de natureza horizontal - como a conduta concertada consistente em troca de informações sensíveis entre concorrentes.

Esse tema foi objeto de discussões importantes em passado recente no Conselho, especialmente no que se refere à necessidade de investigação criminal paralela para a aplicação do prazo excepcional mais extenso de 12 anos. Defendida por vários conselheiros, essa abordagem encontrava respaldo em alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça, especialmente quando da aplicação de regra semelhante constante no Estatuto do Servidor Público (Lei 8112, de 1990). Todavia, não veio a tornar-se majoritária.

Há sim, a meu ver, margem para a discussão desse tema, considerando alguns aspectos que talvez ainda não tenham sido objeto de análise mais pormenorizada pelo CADE. O primeiro deles abrange avaliação de direito comparado: a maior parte das demais jurisdições mais representativas - como Estados Unidos, União Europeia e diversos países europeus - observa o prazo prescricional de cinco anos para cartéis. Nesse sentido, o Brasil é uma exceção, e seria válida uma

reflexão por parte do Conselho sobre a alocação de recursos escassos a fatos muito antigos.

Há, ainda, um argumento substantivo bastante relevante: é no mais das vezes impossível à defesa angariar elementos concretos para fazer a 'prova negativa' de fatos que tenham ocorrido há mais de uma década. No contexto atual, em que certos eventos investigados constam apenas em alegações de indivíduos que celebram acordos de leniência e termos de compromisso, essa limitação prática ao exercício da defesa pode ter efeitos deletérios bastante concretos, que precisam ser melhor apreciados pelo Conselho.

Outro ponto que tende a ser objeto de avaliação mais aprofundada no futuro próximo é a aplicação do prazo prescricional de 8 anos para casos envolvendo conluíus em licitações. Isso porque a fattispecie criminal correspondente constava do artigo 90 da antiga Lei de Licitações (Lei 8.666), que esteve em vigor até 2021, com penas menores que as da Lei 8.137. Por conseguinte, é aplicável um prazo prescricional menor, considerando as regras do Código Penal, para fatos que tenham ocorrido sob a vigência da Lei 8.666. Essa discussão já está presente na seara judicial criminal.

Considerando que o Sr. já atuou no setor público, na antiga Secretaria de Direito Econômico, que conselho o Sr. daria aos atuais servidores da Superintendência do CADE que exercem as mesmas funções que o Sr. exerceu no passado?

Eu fui coordenador geral na então SDE entre 2007 e 2009, logo após temporada na Europa de estudos e trabalho. Minha missão era implantar a primeira unidade especializada na investigação de cartéis em licitações, uma prioridade do Ministro da Justiça à época, Tarso Genro. A ênfase era o estabelecimento de parcerias com outros órgãos com competências complementares, especialmente TCU, CGU e o (então) Ministério do Planejamento. Além disso, a OCDE estava desenvolvendo à época um programa de capacitação nessa área com o Brasil e o Chile,

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

e eu era o 'liason officer' da SDE para esse programa. Por fim, como a atual Lei 12.529 estava em tramitação na Câmara dos Deputados, eu também participava de discussões com outros órgãos do governo (como Casa Civil e SEAE) e de reuniões com parlamentares para tratar de pontos do projeto de lei. Tinha muita coisa pra fazer!

O contexto institucional era bem distinto do verificado na atual Superintendência Geral do CADE: éramos mais 'governo', estávamos a uma escada do Ministro da Justiça e víamos Planalto e Congresso da janela; as equipes eram bem menores; e tínhamos que desenvolver novos métodos e práticas a todo momento, pois havia muito menos experiência já consolidada na investigação de práticas anticompetitivas.

Essas diferenças, aliadas ao fato de eu não ter seguido carreira pública, certamente dificulta minha capacidade para dar "conselhos" aos atuais integrantes da SG. Mas embora a SG atual seja um órgão muito mais consolidado que a então SDE, há várias discussões significativas em curso sobre a aplicação do antitruste em face de novos problemas, como apontado em minha resposta à primeira pergunta. A SG tem papel muito importante nesse contexto, pois é nela que são iniciadas as análises de condutas e de concentrações. Assim, minha ponderação aos servidores da Superintendência Geral é de que, ao integrarem novos conceitos e métodos derivados dessas discussões, o façam com criatividade, para que possam atingir o resultado desejado tendo em conta as peculiaridades distintas de nossa realidade institucional; e, ao mesmo tempo, com responsabilidade, considerando possíveis efeitos e repercussões negativos de médio e longo prazo sobre as atividades dos agentes econômicos.

PEDRO PAULO SALLES CRISTOFARO

Na sua visão, desde a Lei nº 8.884/94, como tem sido a utilização do procedimento arbitral no âmbito do Direito da Concorrência? Algo mudou com a Lei nº 12.529/2011? Quais são as vantagens da utilização deste instituto no sentido de apresentar respostas efetivas e eficientes para o mercado?

A Lei nº 8.884/94 e a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96) são fruto de um momento histórico de redefinição do papel do Estado e reordenamento das relações econômicas no Brasil. Não por mera coincidência, são do mesmo período (i) a estabilização monetária através do Plano Real (Lei nº 8.880/94); (ii) a privatização de empresas estatais que exerciam atividades econômicas estrito senso (como a CSN, privatizada em 1993, e a Vale, em 1997); (iii) o fim da distinção constitucional entre empresas brasileiras e empresas estrangeiras de capital nacional (Emenda Constitucional nº 6/95); (iv) o novo regime jurídico das telecomunicações (Emenda Constitucional nº 8/95 e Lei nº 9.472/97); (v) a flexibilização do monopólio do petróleo (Emenda Constitucional nº 9/95 e Lei nº 9.478/97- Lei do Petróleo), (i) a nova lei de concessões de serviço público (Lei nº 8.987/95); (vii) a criação de agências reguladoras como a Aneel (1996), a Anatel (1997) e a ANP (1998).

Muito antes, o Brasil já contava com uma lei de repressão ao abuso do poder econômico (Lei nº 4.137/62), que criou o CADE. Também não era recente a disposição do Código Civil de 1916 a respeito do compromisso para a solução de conflitos através de arbitragem e, em 1932, o Brasil ratificou o Protocolo de Genebra de 1923, que reconhecia a força vinculante de cláusulas compromissórias em contratos internacionais.

No entanto, a aplicação da Lei nº 4.137/62 mostrou-se residual. Por razões que mereceriam uma discussão à parte, faltava ao Brasil uma “cultura da concorrência” e, apesar de os princípios da livre concorrência

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

e da livre iniciativa já constarem de nossas constituições antes mesmo de 1988, a atuação do Estado, seja ele próprio como agente econômico, seja como um regulador que chegava ao ponto de controlar e tabelar preços de setores importantes da economia, era não apenas um desestímulo, mas um empecilho à competição livre em um ambiente de mercado.

A arbitragem, por sua vez, era vista com desconfiança, além de pouco efetiva na medida em que as partes, independentemente do que contratado, não eram compelidas a se submeter à arbitragem e às decisões proferidas por tribunais arbitrais poderiam ser quase integralmente rediscutidas em Juízo.

Como parte de um processo de modernização da economia, de fortalecimento do sistema de mercado e de maior integração do Brasil à ordem econômica mundial, a Lei nº 8.884/94 teve o papel de atualizar e tornar efetivo o direito antitruste no Brasil, conferindo ao CADE estrutura e poder para atuar na preservação da livre concorrência. Por sua vez, a Lei de Arbitragem – ao conferir força vinculante às cláusulas arbitrais, dispensar a homologação judicial das sentenças arbitrais e consagrar a introdução no direito brasileiro de alguns princípios internacionalmente aplicáveis à arbitragem, como o *competence competence* - fez parte do esforço para se garantir segurança jurídica a investidores, nacionais e estrangeiros, preservando a autonomia da vontade das partes.

Passados quase 30 anos, é inegável a evolução do direito antitruste no Brasil, com a consolidação do papel exercido pelo CADE, assim como é inconteste que – especialmente após 2001, quando o STF reconheceu a constitucionalidade da Lei de Arbitragem – a arbitragem se tornou um importante (se não o principal) meio para a solução de conflitos relacionados a contratos empresariais mais complexos, celebrados entre partes sofisticadas.

Apesar disso, o desenvolvimento concomitante e acentuado do direito concorrencial e da arbitragem no Brasil se deu de forma paralela,

sem grandes pontos de interseção. Não foram muitas as arbitragens tendo por objeto questões estritamente concorrenciais.

Algumas razões podem ser apontadas para esse distanciamento entre o direito antitruste e a arbitragem. Primeiro, uma desconfiança inicial quanto à arbitrabilidade das questões envolvendo o Direito da Concorrência, na medida em que o objeto essencial desse ramo do direito não seriam “direitos patrimoniais disponíveis”, mas sim a proteção de um sistema econômico baseado nos princípios constitucionais da livre concorrência e da livre iniciativa (para repetir uma frase que se tornou um chavão, é um ramo do direito destinado a proteger e promover a concorrência, não os concorrentes). Com o tempo, essa desconfiança (que, diga-se de passagem, não era uma particularidade brasileira) foi sendo ultrapassada, restando claro que o objeto da arbitragem seriam os direitos patrimoniais disponíveis daqueles afetados por alguma conduta sujeita à Lei de Defesa da Concorrência, conforme assegurado pelo art. 29 da Lei nº 8.884/94 (e posteriormente pelo art. 47 da Lei nº 12.529/2011), segundo o qual “*os prejudicados (...) poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos*”⁹².

A segunda razão seria a natureza estritamente contratual da arbitragem. Ninguém pode ser obrigado a recorrer à arbitragem. Ela é um meio adequado e muito utilizado para a solução de conflitos entre partes ligadas por contratos complexos que, voluntariamente, no

⁹² Sobre o tema, ver CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles; NEY, Rafael de Moura Rangel. Possibilidade de Aplicação de Normas do Direito Antitruste pelo Juízo Arbitral. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. Arbitragem Internacional: Questões de doutrina e de prática. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003 e CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles, MITSUYA, Fernanda Akiyo e BARBOSA, Constança Burity Simões. Arbitration in Antitrust Disputes. In: GONÇALVES, Priscila Brolio. The Future of Antitrust. São Paulo: IBRAC, 2020 (disponível em <https://www.ibrac.org.br>)

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

momento da celebração dos contratos, e antes da existência do conflito, pactuaram uma cláusula arbitral. Os danos decorrentes de ilícitos concorrenciais não são necessariamente sofridos por pessoas que têm uma relação contratual específica com o causador do dano. E mesmo nos casos em que as partes estão ligadas por um contrato (como a parte que celebrou um contrato de fornecimento de longo prazo e descobriu que seu fornecedor integra um cartel) existem algumas discussões sobre o alcance e abrangência da cláusula arbitral⁹³.

E a terceira razão é que o direito concorrencial brasileiro se desenvolveu especialmente na esfera administrativa, através da atuação do CADE, sendo nesse particular muito mais próximo do direito europeu do que do direito norte-americano, que tem como base as ações individuais ou coletivas de prejudicados por condutas anticoncorrenciais.

A partir da edição da Lei nº 12.529/2011, houve um movimento de aproximação entre o direito concorrencial e a arbitragem, de início especialmente em relação a atos de concentração. De fato, talvez a mais relevante inovação da Lei nº 12.529/2011 tenha sido a adoção de um sistema de controle prévio dos atos de concentração, em substituição ao controle *a posteriori* que vigorava até então. No novo modelo, tornou-se mais comum o estabelecimento, pelo CADE, de condicionantes (muitas vezes negociadas com as partes, através de ACCs) à aprovação de um ato de concentração. E o CADE se deu conta de que as cláusulas arbitrais poderiam ser um incentivo ao monitoramento, pelos particulares, das condicionantes determinadas pelo CADE.

Por exemplo, ao julgar, em 2017, os atos de concentração referentes a BM&FBOVESPA S.A e CETIP S.A⁹⁴ e a AT&T e Time

⁹³ Sobre o tema, veja-se BOTTEMAN, Yves e KERES, Camille. Arbitration Clauses and Antitrust Damages in the EU: Where are We Now?. Disponível em <https://www.competitionpolicyinternational.com/arbitration-clauses-and-antitrust-damages-in-the-eu-where-are-we-now>

⁹⁴ Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11

Warner Inc⁹⁵, o CADE estabeleceu condicionantes referentes à não discriminação, pelas partes resultantes da concentração, de possíveis terceiros e, para facilitar e incentivar a atuação dos terceiros afetados, obrigou as partes a aceitarem se submeter à jurisdição arbitral.

Também houve um crescimento das arbitragens relacionadas a danos concorrenciais em razão do incremento das ações do CADE no combate aos cartéis. Partes que celebraram contratos de longo prazo com integrantes de cartéis, ou mesmo pessoas de direito público e empresas estatais que tomaram conhecimento de cartéis formados em licitações, basearam-se nas decisões do CADE para buscar a reparação pelos danos sofridos, inclusive pela via arbitral.

E, finalmente, o Projeto de Lei 11.275/2018, já em fase final de aprovação na Câmara dos Deputados, prevê a inclusão pelo CADE, em TCCs negociados com infratores, de cláusula pela qual estes se obrigariam a aceitar a jurisdição arbitral em demandas iniciadas por aqueles que sofreram danos decorrentes do ilícito concorrencial.

O que parece certo é que a arbitragem, seja em casos relacionados a atos de concentração, seja em demandas reparatórias de danos concorrenciais de uma certa envergadura, pode se mostrar apropriada e útil, para as partes e para o sistema de proteção da concorrência.

Uma das razões de ser da adoção da arbitragem como meio para a solução dos conflitos é a possibilidade da escolha de árbitros especializados, com conhecimento prévio das particularidades do direito antitruste, com seus conceitos próprios e que demandam uma compreensão tanto de questões jurídicas, quanto de temas econômicos. O domínio da matéria pelos árbitros reduz os riscos de decisões desarrazoadas, diminui incertezas e, conseqüentemente, contribui para a redução da insegurança jurídica.

⁹⁵ Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A maior previsibilidade das decisões arbitrais é positiva para as partes, sejam as demandadas que estarão mais protegidas contra uma responsabilização irrazoável e desacompanhada de fundamentos, sejam as demandantes, que terão a justa expectativa de obterem a reparação adequada em razão de uma conduta anticoncorrencial. E a perspectiva de decisões arbitrais adequadas e bem fundamentadas contribui para desincentivar comportamentos contrários ao bom funcionamento dos mercados (sem criar riscos desnecessários e excessivos aos agentes econômicos que agem de forma lícita). Contribui, portanto, para o bom funcionamento de mercados livres e competitivos, objeto essencial do Direito da Concorrência.

Recentemente, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região editou a Resolução nº 17/2022, determinando a especialização de duas varas em Direito Concorrencial. Anteriormente, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região já havia criado, em 2018, varas especializadas em Direito Concorrencial. Qual é a sua opinião sobre as varas especializadas em Direito Concorrencial? O Judiciário evoluiu em suas análises envolvendo a área concorrencial?

Como visto na resposta anterior, um dos principais incentivos à utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos é a possibilidade de escolha de árbitros especializados. Não há nessa constatação nenhuma crítica ao Poder Judiciário. É absolutamente impossível que um Juiz tenha conhecimento pleno e absoluto de todos os intrincados temas jurídicos que lhe serão submetidos.

Por outro lado, é impossível reduzir a importância do Poder Judiciário no enfrentamento de questões tendo por objeto a aplicação do Direito da Concorrência. Primeiro, nem todos os litígios tendo por objeto direitos patrimoniais disponíveis são adequadamente solucionados pela via arbitral. A arbitragem não se presta, por exemplo, a litígios de menor valor, ou a demandas que não estão baseadas em contratos (ou, no futuro, em TCCs assinados com o CADE).

Ademais, o Poder Judiciário tem o papel essencial de apreciar as demandas em que são discutidas as decisões do CADE. Sem entrar em considerações sobre os limites da apreciação das decisões do CADE pelo Poder Judiciário, é inegável que cabe ao Poder Judiciário examinar, formal e materialmente, os atos e decisões do CADE.

A apreciação das decisões do CADE pelo Poder Judiciário é essencial para o bom funcionamento do sistema de proteção à concorrência, em uma via de mão dupla, em que o Poder Judiciário incorpora os entendimentos técnicos especializados que têm origem nas decisões do CADE, e o CADE conhece seus limites a partir das decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Para que esse sistema funcione adequadamente, a especialização dos juízes que vão julgar as questões relacionadas à Lei nº 12.529/2011 é essencial. Note-se: o importante não é apenas a especialização das varas, mas, idealmente, também dos magistrados que atuarão nessas varas.

A especialização, seguindo a linha adotada pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, contribui para decisões mais técnicas, e contribui para a maior segurança jurídica, do CADE e dos agentes econômicos, em razão da formação de uma jurisprudência igualmente especializada, que servirá de norte para o CADE e para os agentes econômicos.

O Poder Judiciário, ao longo do tempo, vem evoluindo muito na análise das questões concorrenciais que lhe são submetidas, formando-se pouco a pouco uma jurisprudência, especialmente, até o momento, em questões relacionadas ao desenvolvimento dos processos administrativos que tramitam no CADE. A criação das varas especializadas e a especialização dos juízes terão um papel importante na formação de uma jurisprudência de qualidade, não apenas sobre aspectos processuais, mas também aspectos materiais do Direito da Concorrência.

PEDRO ZANOTTA

O Sr. atuou como Diretor Jurídico da Holcim, de 1995 a 1998. Por qual motivo decidiu migrar para uma área tão específica que é a área concorrencial? Sua trajetória corporativa contribuiu para sua carreira de advogado?

Essa história tem um pouco mais de tempo. Antes da Holcim, trabalhei na Bayer, como chefe do Jurídico (de 1990 a 1995). Em 1993, fui incumbido de acompanhar, em Brasília, a CPI da Indústria Farmacêutica, que estava instalada e nos interessava. Ficava de 2 a 3 dias em Brasília, por semana. Ao mesmo tempo, havia a discussão, na Câmara dos Deputados, do Projeto de Lei que culminou na Lei 8.884/94. Como se tratava de uma novidade e de um tema que me atraía, passei a acompanhar algumas reuniões nas Comissões, chegando até mesmo a apresentar sugestões de texto, que mereceram cumprimentos escritos que recebi do Deputado José Carlos Aleluia, um dos relatores. Esse dia a dia do projeto fez com que me interessasse mais ainda pela matéria. Em 1994, com o apoio do escritório do José Del Chiaro, apresentamos um ato de concentração, já com base na nova lei, em que eram partes a Bayer e a Nitro Química. Foi outra experiência interessante, pois estávamos todos aprendendo.

Gesner Oliveira, ex-Presidente do CADE, sempre me dizia que eu devia gostar muito do direito da concorrência, pois medicamentos e cimento sempre estiveram no foco das autoridades mundo afora e, de fato, após toda essa experiência, não encontrei outro caminho a seguir, que não o do direito da concorrência.

Com relação à segunda pergunta, sem dúvida que a minha trajetória corporativa ajudou, e muito, na carreira de advogado. Depois de 16 anos em empresas, aprendi a linguagem, urgências e prioridades que têm que ser dadas a cada assunto. Consegui passar isso aos advogados do meu escritório, que não estavam habituados a entender “o outro lado”. Sempre dizia a eles que, se for dar um parecer para o Diretor

de um cliente, responda à pergunta dele nas duas primeiras páginas, que ele certamente vai ler. Depois, discorra sobre a matéria como quiser, que ele lerá se quiser e tiver tempo. E, sempre, evitem o “juridiquês”, que não faz o menor sentido na linguagem corporativa.

Em relação à perseguição de cartéis, quais foram as principais mudanças na investigação dessas condutas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) no que se refere à Lei nº 8.884/94 e à Lei nº 12.529/2011? O Sr. percebe algum amadurecimento institucional do CADE ao longo desses anos?

É indiscutível o amadurecimento institucional e operacional do CADE ao longo dos anos. Não é à toa que é uma das agências mais premiadas no mundo.

Particpei do processo em que ocorreu a primeira busca e apreensão com base na lei de defesa da concorrência (caso das britas, 2003). Foi um aprendizado para empresas, advogados e autoridades, que verdadeiramente aprenderam a dirigir com o carro em movimento.

Algumas situações até pitorescas ocorreram naquela época, como quando o delegado da polícia federal, com a equipe da então SDE, invadiu a sede do Sindipedras e perguntou que reunião era aquela. O Secretário Executivo do Sindicato respondeu que era uma reunião de acordo, e o delegado disse: *“Eu sabia! Estão todos presos”*. No entanto, era uma reunião de acordo trabalhista para as pedreiras da Baixada Santista e a ordem de prisão foi retirada quando tudo foi esclarecido. Dramáticos também foram os depoimentos colhidos neste caso, numa delegacia de polícia da Rua Aurora, com o depoimento servindo tanto para a investigação criminal como para a SDE. Nesse processo, fiz algo totalmente impensável nos dias de hoje: trabalhei para 6 (das 17) empresas investigadas, além do próprio Sindipedras.

Tudo isso para dizer que, atualmente, o processo de investigação de cartéis é, no mínimo, mais organizado e rigoroso, com técnicas modernas e equipes muito mais preparadas do que naquele

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

tempo. No entanto, e no meu entender, tanto a SG, como era a SDE, não perde sua posição de parte do processo, defendendo e buscando sempre justificar a sua decisão inicial de abrir a processo administrativo e chegar a uma recomendação final de condenação, na maioria das vezes, interpretando as provas de acordo com essa finalidade.

Um dos temas que surgem com frequência em discussões sobre a atuação sancionatória do CADE diz respeito à investigação e à condenação de pessoas físicas. Atualmente, há diversos processos instaurados pelo CADE com diversas pessoas físicas no polo passivo onde, muitas vezes, o Conselho é forçado a desmembrar os processos ou recorrer à notificação via edital. Em termos de *standard* probatório envolvendo casos de cartel, quais você diria que são os principais pontos considerados pelo CADE para ensejar uma condenação de pessoa física tendo em vista a vigência da Lei nº 12.529/2012? E na lei anterior? O que mudou?

O desmembramento do processo, embora necessário como meio de garantir a duração razoável do processo, não é o meio mais adequado. Embora as condutas sejam, ao final, individualizadas, acredito existir prejuízo na análise separada de uma conduta considerada única e contínua, em prejuízo evidente das defesas.

A solução seria a realização de uma análise preliminar do conjunto probatório, de modo a envolver nos autos apenas as pessoas físicas das quais se encontram indícios relevantes da conduta, e que tenham poderes para praticá-la, de modo a envolver, em processos dessa magnitude, um conjunto de representados mais reduzido e mais representativo, facilitando a notificação e evitando o desmembramento.

Quanto à notificação por Edital, há uma falha legislativa quando determina a publicação no Estado onde o representado “*resida ou tenha sede*” (art. 70, § 2º, LDC). Isto não abrange o representado localizado fora do país, cujo edital aqui publicado, seja aonde for, não cumpre a sua finalidade de dar divulgação à existência do processo e, ainda assim, tem sido considerado válido.

No que diz respeito ao *standard* probatório, quando se trata de análise da conduta de uma pessoa física, não pode ser adotado o mesmo padrão de provas da pessoa jurídica. Atualmente, verifica-se que, por vezes, pessoas físicas são condenadas ainda que o conjunto probatório relacionado a ela seja débil, como, por exemplo, (i) estar copiada em um único e-mail, sem qualquer resposta ou reação, (ii) existir contra a pessoa jurídica um vasto conjunto probatório ou, ainda, (iii) em razão de fazer parte do quadro de funcionários da empresa durante o período investigado. Para que haja condenação contra uma pessoa física, em um processo dessa magnitude, deve existir contra esta pessoa um extenso conjunto de provas, sem o qual não se pode condenar.

Deve-se ter em mente que os efeitos de uma condenação em um processo como este são muito mais graves em uma pessoa física do que em uma pessoa jurídica, seja com relação à questão psicológica, moral e até mesmo financeira. Um processo no CADE, mesmo que ainda não julgado, já é referência para se bloquear acesso a emprego, por exemplo. Daí a necessidade de a Superintendência-Geral do CADE ser extremamente cautelosa na indicação das pessoas físicas que serão representadas.

Interessante, neste contexto, decisão recente do CADE, que julgou processo administrativo envolvendo investigação de formação de cartel em licitações da Infraero por cafeterias⁹⁶, no qual foi trazida à discussão uma preocupação já existente em outros países, no que se refere à verificação, da condição econômica de cada uma delas, antes de impor condenação pecuniária às pessoas físicas, de modo a não trazer efeitos nefastos a estas pessoas e, inclusive, impossibilitar o cumprimento da decisão.

Conforme destacado pelo Conselheiro Gustavo Augusto Freitas de Lima em seu voto, fazendo menção, inclusive, à questão já destacada em voto relator do Conselheiro Luiz Hoffmann em sede do julgamento

⁹⁶ Processo administrativo nº 08700.007278/2015-17 – SEI 1100178

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

do processo que tratava de tubos e conexões⁹⁷, há em alguns países, como Reino Unido, a identificação de alguns padrões sobre o aumento das penas pecuniárias, notadamente em relação às pessoas físicas, por sua capacidade econômica.

Ainda existem decisões⁹⁸, proferidas pelo Conselheiro Sérgio Ravagnani, no sentido de buscar uma sistematização da aplicação de multas às pessoas físicas, nas quais sugere-se a valoração da condição econômica atual do infrator, a partir de dados concretos obtidos junto à Receita Federal, com o objetivo de garantir que a multa não seja sub ou superdimensionada.

No entanto, embora tenha verificado a iniciativa na sistematização de multas específicas para as pessoas físicas, o Conselheiro Gustavo Augusto esclareceu inexistir uma metodologia específica, razão pela qual entendeu ser relevante esboçar uma sistematização de metodologia⁹⁹ para determinação da dosimetria da multa, pela qual, “o julgamento final deve ter a liberdade suficiente para permitir que este Tribunal considere as questões específicas do caso, devendo a eventual condenação e respectiva dosimetria considerar critérios de proporcionalidade, isonomia, equidade, moralidade administrativa e razoabilidade”, sendo certo que “a multa dever ser proporcional, exequível e apta a ser efetivamente cobrada pelos meios de execução legalmente disponíveis, considerando o quadro financeiro do representado e sua situação patrimonial. E essa aplicabilidade deve ser determinada de forma simples e previsível” e

⁹⁷ Processo administrativo nº 8700.003390/2016-60 - SEI 0974145

⁹⁸ Processos administrativos nº 08700.003340/2017-63 (“Cartel de Filtros Automotivos”) e nº 08700.009879/2015-64 (“Cartel de Distribuidoras e Revendedoras de Combustíveis em Joinville/SC”).

⁹⁹ O método apresentado pelo conselheiro tem duas fases. Na primeira se verifica a circunstância da conduta para fixar a multa, entre 1% e 20%. Na segunda fase, com base na declaração de IR ou outros elementos fáticos relevantes, é feita a análise sobre a compatibilidade da multa, ou seja, se o infrator tem capacidade de pagar e, ao mesmo tempo, se ela não é excessivamente baixa.

“[p]ara isso, deve haver regras claras que permitam que o julgador encontre o ponto de equilíbrio em relação ao *binômio* “*aplicabilidade-efeito dissuasório*”.

Em seu voto-vista, o presidente do CADE, Alexandre Cordeiro seguiu o voto do Conselheiro Gustavo Augusto, destacando a importância de a autoridade observar a proporcionalidade das multas e a capacidade de pagamento dos envolvidos.

A adoção desta nova metodologia deverá valer somente para os casos futuros a serem julgados pelo Tribunal do CADE, mas reflete uma modernização nos padrões de análise e punição da conduta, que deixam de ter uma visão e aplicação generalizada, e passa considerar as diferenças existentes entre as realidades das pessoas físicas e das pessoas jurídicas, no contexto do processo administrativo.

POLYANNA VILANOVA

Antes de ser Conselheira do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), a Sra. já atuava como advogada. Como foi o seu primeiro contato com o Direito Concorrencial?

Sim, antes de ingressar como Conselheira do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) eu já atuava como advogada junto aos Tribunais Superiores e agências reguladoras há 14 anos. O primeiro contato com o Direito Concorrencial foi ainda na graduação. Após, quando da atuação na advocacia privada, pude acompanhar de perto a evolução do direito antitruste no Brasil, notadamente com a edição da Lei 12.529/11. Para a advocacia privada, ampliou-se o leque de atuação, notadamente quando da inserção da análise prévia pelo Cade dos atos de concentração (desde que preenchidos os requisitos incertos no art. 88 da referida lei).

Após o fim de seu mandato como Conselheira do CADE (2017-2019), qual é o balanço que a Sra. faz sobre o papel da Autarquia como um Tribunal Administrativo?

O Tribunal Administrativo do Cade exerce fundamental papel na autarquia. Os números de casos (tanto de relevância quanto quantitativo/qualitativo) falam por si só. A composição do Tribunal, ao longo dos anos, também reflete uma heterogeneidade importante. Digo, as formações acadêmicas e experiências diversas dos Conselheiros que compõem e já compuseram o Tribunal permitiram e permitem um amplo diálogo e desenvolvimento de jurisprudências quanto aos mais diversos temas que passam pelo Tribunal. Certamente a atuação do Tribunal do Cade contribui para os diversos prêmios recebidos ao longo dos últimos anos (Antitrust Compliance Awards, GCR Awards, ranking GCR) e para 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, conforme instituído no art. 1º da Lei 12.529/11.

Conte-nos sobre algum caso sob sua relatoria como Conselheira do CADE, que teria sido particularmente desafiador perante o Tribunal Administrativo do CADE?

Sem dúvidas o caso sob minha relatoria que foi mais desafiador perante o Tribunal e emblemático, foi a aquisição do controle da Twenty-First Century Fox, Inc. pela The Walt Disney Company (Brasil) Ltda. (aprovada em 27/2/2019). Isso porque, quando da negociação de um ACC (acordo em controle de concentração), tanto o posicionamento da Relatoria e, naturalmente, das empresas envolvidas na Operação foi no sentido da desnecessidade da aplicação de qualquer remédio estrutural para a aprovação da operação, ou seja, os remédios comportamentais até então negociados seriam suficientes para a manutenção da concorrência afetada pelos mercados objetos de análise. O entendimento da maioria do Tribunal foi diverso. O então Conselheiro Paulo Burnier abriu a divergência e passou a negociar também um remédio estrutural para a referida operação sob a argumentação tradicional de que um remédio estrutural (no caso, o desinvestimento integral da Fox Sports, incluindo funcionários, mobiliários, imóveis, contratos de distribuição com operadoras de TV por assinatura, contratos com ligas esportivas, dentre outros), tenderia a ser mais efetivo, pois direcionaria a causa do dano concorrencial de forma mais direta. Outro ponto central da divergência dizia respeito ao menor custo de monitoramento e, em tese, menor risco de distorções do mercado pelos remédios impostos na operação.

A razão de considerar esse caso o mais desafiador não foi apenas em razão da discussão dos mercados envolvidos e a necessária futurologia que envolve em certa medida os atos de concentração analisados pelo Cade, mas também o questionamento que me fiz à época sobre a necessidade de aplicação das melhores práticas concorrenciais (*by the book*) ao invés das necessárias e claras peculiaridades do caso.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Passado mais de um ano do ACC firmado, o Cade se viu na seguinte situação: a revisão do ACC, tendo como Relator o Conselheiro Luís Braido, o qual foi crítico quanto à rigidez dos termos firmados, pois havia a previsão da venda do canal a qualquer preço. Infelizmente, a tentativa de desinvestimento restou frustrada. Considerou-se então a aplicação de remédios comportamentais (os quais foram propostas na relatoria original).

Como disse anteriormente, a construção de remédios (e o pulsar de eventual futurologia – por mais cercados que estejam as autoridades concorrenciais com os guias sobre o assunto e melhores práticas de outras jurisdições), devemos ter cautela com o “by the book”, pois os remédios devem ser objetivamente aferíveis quanto à sua concretude e viabilidade, bem como proporcionais e efetivos.¹⁰⁰

¹⁰⁰ Recomendo a leitura do artigo “*Que lições jurídicas podemos tirar da aprovação do negócio Disney/Fox pelo Cade no Brasil*” de autoria da Joyce Honda. Disponível em: <https://br.lexlatin.com/opiniao/que-licoes-juridicas-podemos-tirar-da-aprovacao-do-negocio-disneyfox-pelo-cade-no-brasil>

PRISCILA BROLIO

Como foi o início da sua carreira em Direito Concorrencial? Poderia nos contar marcos na sua atuação nesta área do Direito? O que diria sobre a representatividade feminina no Direito Concorrencial?

É um enorme prazer conversar com o IBRAC e participar desse trabalho comemorativo dos 10 (dez) anos de vigência da Lei 12.529/11.

Eu comecei minha carreira em Direito Concorrencial na academia, durante o Mestrado, em 1998, na Faculdade de Direito do Largo São Francisco. O meu projeto de pesquisa versava originalmente sobre contratos de investimento coletivo. Na época, eu trabalhava com a Profa. Priscila M. P. Corrêa da Fonseca, no escritório fundado por ela, que era muito conhecido pela atuação em direito de família, mas que também contava com uma equipe de advogados incríveis na área de direito comercial (hoje empresarial), inclusive a própria Profa. Priscila. Eu era recém-formada e trabalhava em um contencioso relacionado às Fazendas Boi Gordo¹⁰¹, que gerou a ideia para o meu projeto de pesquisa. Quando me inscrevi nas disciplinas da pós-graduação, porém, não havia nenhuma remotamente relacionada ao meu tema, razão pela qual acabei cursando matérias diversas, de processo civil a direito societário. Um curso que me chamou particularmente a atenção era ofertado pelo Prof. Calixto Salomão Filho, “Direito Concorrencial: as estruturas”. Fiz a inscrição e foi o meu primeiro contato com essa matéria, que desde logo me encantou. No semestre seguinte, decidi continuar acompanhando o Prof. Calixto e me matriculei em “Direito Concorrencial: as condutas”. Para obtenção do crédito, escrevi sobre o caso Kibon, que tratou de fixação e sugestão de preços de revenda de picolés. A essa altura, o projeto sobre contratos de investimento coletivo estava completamente engavetado, e decidi pleitear a mudança do meu tema. Pouco mais de um ano depois, defendi a Dissertação com o título “Fixação e Sugestão de

¹⁰¹ https://pt.wikipedia.org/wiki/Boi_Gordo, acesso em 05.09.2022.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Preços de Revenda em Contratos de Distribuição”, posteriormente publicada pela Singular.

Ainda durante o Mestrado, a própria Profa. Priscila me apresentou ao José Del Chiaro Ferreira da Rosa, que - muito gentil – concedeu acesso irrestrito à preciosa biblioteca do seu escritório, com toda a coleção de Revistas do IBRAC, Antitrust Bulletin e outros periódicos estrangeiros, e um sem-número de livros importados sobre a matéria (FOX, HOVENKAMP, WHISH etc.). Na época, a Internet comercial estava começando no Brasil, não existia banda larga e era difícil ter acesso a esses textos. A minha paixão pela área concorrencial só cresceu e, em 1999, acabei aceitando uma proposta para trabalhar no escritório do Del Chiaro, uma verdadeira escola para mim.

Sigo, desde então, como advogada antitruste. Da minha atuação profissional nesses mais de 20 (vinte) anos, tendo passado por 3 (três) escritórios até a fundação da minha própria boutique, em 2018, guardo lembranças muito especiais e lições importantíssimas. Destacam-se: o caso Nestlé/Garoto (minha primeira grande vitória no CADE, em equipe, em 2004 e, posteriormente, em 2005, quando o caso voltou a julgamento); a reprovação da operação Owens Corning/Saint Gobain pelo CADE (em 2008, um grande aprendizado); a notificação do primeiro Ato de Concentração do recém instituído regime de notificação prévia (em 2012); a abertura do BGA (em 2018); e, finalmente, o julgamento do caso conhecido como “cartel do metrô” (em 2019), com o arquivamento unânime da investigação em relação à empresa representada pelo escritório.

Sobre a representatividade feminina, penso que o direito concorrencial é uma área em que, excepcionalmente, podemos ver muitas mulheres em posição de destaque e liderança, na academia, nos escritórios, nas consultorias econômicas e no Poder Público. Talvez, em alguns desses ambientes, as mulheres até sejam maioria. Não sei explicar os motivos para isso, tampouco pretendo sugerir que não há obstáculos ou desafios para as mulheres na área antitruste, mas creio que seja um campo promissor e merecedor de estudo. Os eventuais acertos ou as

condições que propiciaram essa realidade poderiam ser replicados não apenas para evitar que esse quadro se perca nas próximas gerações, mas também para buscar maior participação de mulheres – e outros grupos hoje subrepresentados – nas mais diversas áreas do direito e outras atividades econômicas.

Como a Sra. avalia os trabalhos acadêmicos em Direito Concorrencial hoje em dia? Houve evolução?

Certamente houve uma florescência de trabalhos acadêmicos em direito concorrencial, com muito conteúdo de boa qualidade sendo publicado, nas diversas mídias disponíveis atualmente. Como avaliadora de revistas consagradas como a Revista de Direito da Concorrência (editada pelo CADE) e a Revista do IBRAC, do Prêmio IBRAC-TIM, do Livro da WIA (em sua quarta edição) e de bancas de Mestrado e Doutorado, tenho me deparado com trabalhos excepcionais, de graduação e pós.

Atribuo esse fato à grande disseminação do direito da concorrência Brasil afora, bem como à digitalização - a revolução da Internet! -, que vem permitindo o acesso de mais gente a textos (clássicos e inéditos), vídeos e podcasts. Na época em que cursei a graduação, sequer havia a disciplina “Direito da Concorrência” na grade de matérias obrigatórias na Faculdade de Direito da USP. Para ler um texto, era preciso fazer cópias no “xerox” do Centro Acadêmico, antes que desaparecesse misteriosamente dali. Pós-graduação, só com importação de livros ou passagem pelo exterior, o que limitava muito o acesso de estudantes menos favorecidos economicamente. Hoje temos vários cursos de alto nível, inúmeros professores e orientadores qualificados e, embora São Paulo ainda concentre muitas fontes, cada vez mais o assunto se espalha pelo país. Temos até uma competição nacional de direito antitruste, cuja emocionante primeira edição, em 2021, foi vencida pela afiada equipe da Universidade Federal de Pernambuco.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A análise de restrições verticais pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) atingiu um patamar ideal ou ainda há muito a se desenvolver? Poderia exemplificar seu posicionamento com a jurisprudência do CADE?

Tecnicamente, a análise de restrições verticais pelo CADE não deixa nada a dever comparativamente a outras jurisdições vanguardistas em matéria concorrencial, como Estados Unidos, União Europeia e Reino Unido. Na verdade, se compararmos os recursos disponíveis nessas jurisdições com o orçamento do CADE no Brasil, é possível concluir que a autoridade brasileira tem feito verdadeiro milagre com o que tem.

Isso não significa que a análise de restrições verticais atingiu um patamar ideal em nosso país. Mesmo em jurisdições que adotam guias ou diretrizes em matéria de restrições verticais há décadas, como a União Europeia, não me parece correto falar em um ‘nível ótimo’ no que se refere ao *enforcement* administrativo nesse campo específico de condutas.

Em termos quantitativos, penso que o CADE poderia instaurar mais investigações dessa natureza, porém isso não me parece factível no contexto atual - mantidos os recursos materiais e humanos disponíveis hoje e a prioridade à análise de Atos de Concentração, cujas equipes técnicas são compartilhadas com análise de condutas unilaterais. Recentemente, houve sensível avanço com a criação de uma coordenação para triagem de condutas, além de equipe dedicada à análise de condutas unilaterais para casos novos. Porém, para as investigações em estoque as equipes de análise permanecem comuns com ACs, ao passo em que a quantidade de operações notificadas tem registrado sucessivos recordes.

Uma solução seria alterar os critérios de notificação de Atos de Concentração ao CADE, reduzindo-os em volume, e abrindo espaço para que houvesse mais casos de condutas unilaterais. Ainda assim, o cenário ideal, a meu ver, implicaria o melhor aparelhamento do Poder Judiciário

para que absorvesse parcialmente a “demanda” pela análise de restrições verticais, especialmente nos casos de disputas contratuais entre grandes empresas, que tendem a ocupar tempo e recursos escassos das autoridades, por vezes com limitada utilidade para os consumidores finais, e que poderiam ser deslocadas para outros foros (judicial ou arbitral, a depender da natureza do problema e das condições pactuadas). Ou seja, a meu ver, o cenário ideal para a análise de restrições verticais no Brasil envolve outros agentes, paralelamente ao próprio CADE.

Considero importante destacar as restrições verticais oriundas de processos de verticalização. Nesses casos, especialmente em alguns setores, entendo que temos vivido um problema concorrencial histórico e crônico, decorrente do posicionamento liberal das autoridades brasileiras em relação ao controle de estruturas, e talvez uma visão excessivamente otimista sobre a capacidade dos órgãos de defesa da concorrência (em geral, não apenas o CADE) combaterem o abuso (e a alavancagem) do poder econômico.

No setor financeiro e de serviços relacionados, por exemplo, operações que geravam claros incentivos para a prática de condutas como venda casada e discriminação – reconhecidas expressamente pelo CADE – acabaram sendo aprovadas (com ou sem restrições), sob o argumento de que eventuais abusos seriam coibidos ou punidos mediante o controle comportamental. No entanto, na prática, o controle posterior tem se mostrado muito difícil, uma vez autorizadas estruturas com capacidade e incentivos para adotar restrições verticais.

Justamente porque existe uma zona cinzenta muito grande quando tratamos de restrições verticais no mérito, investigações sobre comportamentos dessa natureza tendem a ser mais complexas e demoradas (mesmo quando comparadas a processos envolvendo condutas colusivas com um grande número de representados no polo passivo). Não é uma peculiaridade do Brasil. Nos Estados Unidos e na Europa, investigações emblemáticas como os casos Microsoft e Intel duraram anos, com direito a judicialização, discussões parlamentares e reviravoltas. Muitas vezes, os concorrentes não suportam e acabam

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

encerrando as atividades ou saindo do mercado, como ocorreu no caso dos aplicativos de *delivery* no Brasil, a despeito da aplicação de uma Medida Preventiva.

Se o CADE passasse a analisar com maior rigor – ou menor otimismo – algumas operações submetidas previamente às autoridades, é possível que a demanda pela análise de alguns tipos de restrições verticais fosse reduzida. Essa orientação integra o que, na minha opinião, constituiria um “cenário ideal” para essas condutas no Brasil. A criação de um grupo técnico para estudar os Atos de concentração verticais no âmbito do CADE é uma medida promissora, que poderia contemplar, entre as diversas propostas e escopos do trabalho, um levantamento das reclamações relacionadas a restrições verticais que se seguiram à aprovação de Atos de Concentração.

Para terminar, eu não poderia deixar de comentar sobre casos de restrições verticais que foram julgados pelo Plenário do CADE ao longo da sua história, especialmente nos últimos 10 (dez) anos, na vigência da Lei 12.529/11. Para estudiosos dessas condutas, é uma alegria sempre que há um julgamento, pois muitos casos são encerrados com TCC, o que é mais efetivo do ponto de vista do mercado. O CADE decidiu casos de fixação ou sugestão de preços de revenda, exclusividade, discriminação (conduta da qual deriva o *self preferencing*), recusa de contratar. As decisões sempre foram técnicas, pautadas na análise dos efeitos, ainda que houvesse divergência entre os Conselheiros em relação à interpretação dos fatos e provas dos autos, colocando o CADE em lugar de destaque entre os seus pares internacionais nessa matéria.

RICARDO MOTTA

Na sua visão, qual será o futuro da prática concorrencial, sob a ótica da advocacia e sob a ótica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”)?

Esse livro é sobre a evolução do antitruste, passada e futura. E é visível a evolução da prática concorrencial brasileira nos últimos anos. É fascinante ter acompanhado de perto todo o caminho percorrido ao longo desses 10 anos. Obviamente que a Lei n. 12.529/11 (“LDC”) trouxe inovações importantes e é a base dogmática para toda a construção infralegal e jurisprudencial em matéria concorrencial. De toda a forma, nos últimos anos, muito do desenvolvimento do direito antitruste brasileiro ocorreu exatamente sobre as práticas construídas sobre a LDC. E é aí que o direito concorrencial deve ainda evoluir significativamente nos próximos anos.

A prática concorrencial caminha cada vez mais para uma sofisticação de análise e apreciação de elementos de prova mais detalhados, com discussões mais complexas e avançadas. Há ainda um caminho árduo a percorrer nesse sentido, mas a crescente complexidade dos modelos de negócio e a difusão da cultura concorrencial no Brasil levarão inexoravelmente à necessidade de aprofundamento de análise por parte da autoridade antitruste, quer no caso de condutas unilaterais, quer no caso de atos de concentração, ou mesmo nos casos de colusão e trocas de informações. Aliás, troca de informações sensíveis é uma matéria em que o direito antitruste avançou enormemente nos últimos anos, com definições cada vez mais claras e detalhadas sobre os limites dessa prática. Esse tema ainda deve caminhar para a criação de *standards* cada vez mais específicos.

Nos casos de cartel, o programa de leniência do Cade se consolidou definitivamente ao longo do tempo e a utilização de mecanismos cuidadosos para proteção do leniente e eventuais compromissários é importante para proteção do próprio mecanismo.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Discussões mais depuradas parecem ganhar corpo na análise de dosimetria de pena e também no cálculo de contribuições, para os casos de acordo. Há espaço, aqui, para evoluções significativas, com a necessidade de estabelecimento de precedentes decisivos sobre esse tema. Em atos de concentração, discussões envolvendo concentrações verticais parecem ganhar espaço para evolução mais específica.

Cito, por fim, o potencial crescimento das ações privadas de danos. Esse é um tema que ainda engatinha no Brasil, e que provavelmente requererá construção legislativa para evolução. De toda a forma, cada vez mais, discute-se a promoção desse tipo de ação privada, que pode ajudar a melhorar, inclusive, o *enforcement* da própria LDC.

A respeito do tema de condutas unilaterais, há muita discussão no Cade e em outras autoridades antitruste sobre o tempo ideal de análise. Como aprimorar as investigações de condutas unilaterais? Na sua concepção, os acordos firmados com o Cade prejudicam este tipo de investigação e a existência de uma jurisprudência consolidada?

Condutas unilaterais são sempre desafiadoras pela complexidade dos temas envolvidos e pela dificuldade na obtenção dos dados necessários para análise de uma prática. A conjunção desses fatores leva naturalmente à necessidade de um maior tempo de análise. Por outro lado, essas são geralmente as condutas que urgem por maior agilidade. Em condutas horizontais, quando uma investigação é aberta, geralmente há a cessação imediata da prática, ou ela já cessou em algum momento no passado. No caso de condutas unilaterais, por outro lado, é comum que a conduta ainda esteja em andamento e a autoridade se veja diante de riscos como (i) requerer a cessação de uma prática legítima e pró-competitiva ou (ii) de autorizar a sua continuidade e, posteriormente, verificar que diversos efeitos anticompetitivos já foram produzidos no mercado. É exatamente por conta desse contexto que as discussões sobre tempo de análise têm cada vez mais se intensificado.

Por outro lado, inobstante esse clamor pelo encurtamento do tempo de análise, o aprimoramento desse tipo de investigação passa exatamente pela necessidade de sofisticação da análise e dos instrumentos investigatórios. Investigações de condutas unilaterais são intensivas em informação e evidências. Não apenas evidências da existência da conduta, que muitas vezes é até incontroversa, mas evidências a respeito das justificativas e eficiências apresentadas; evidências diretas e indiretas de poder de mercado, para fins de demonstração de possibilidade de abuso da posição dominante, e também evidências sobre os efeitos anticompetitivos de uma conduta no mercado – sob pena de se concluir que pela sua legitimidade.

Note que, muito embora a análise antitruste se fie em presunções – e algumas delas são inevitáveis – o uso excessivo desse tipo de ferramenta tende a criar padrões apenas ‘hipotéticos’ de aplicação do direito concorrencial. Cada vez mais, o aprimoramento da prática antitruste tende a ser específica em dados e evidências sobre o contexto e o mercado analisado. Diante dessas duas necessidades – (i) maior agilidade e (ii) análises mais específicas e focadas em dados concretos – , parece não haver mágica capaz de resolver o problema. A solução necessariamente demanda times capacitados e mão-de-obra (quantidade) suficiente para se dedicar de forma exclusiva às investigações.

O Cade parece estar se guiando na direção correta. Recentemente, e atendendo a uma demanda antiga, a Superintendência-Geral abriu uma Coordenadoria-Geral específica para análise de condutas unilaterais e tem se esforçado para criar padrões e manuais internos que promovam uma orientação unificada sobre a administração desses casos.

A velocidade na compreensão inicial dos casos também é ponto fundamental para que as solicitações de informação, tanto direcionada às partes do processo, quanto ao mercado, sejam realizadas da forma mais completa e focada possível, logo de início. O que se observa, nesse tipo de caso, é que a dificuldade na definição da teoria do dano aplicável acaba, por vezes, desviando a atenção da autoridade e das partes para

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

pontos secundários ao longo da investigação. Esse desvio de foco acaba por consumir recursos importantes de tempo, esforço tanto por parte da autoridade, quanto pelas partes envolvidas – inclusive Representantes, em muitos casos.

Por fim, a respeito das críticas acerca da celebração excessiva de acordos por parte da autoridade, é importante ter em mente que um processo administrativo, por definição legal, possui finalidade específica para a administração e administrado. Acordos fazem parte da prática antitruste e seguem critérios de conveniência e oportunidade, específicos ao processo em si. Acordos que possam beneficiar a administração, o mercado e o administrado, não devem ser sacrificados em prol da necessidade de criação de precedentes.

Há métodos alternativos que podem ser aplicados pela autoridade para sinalizar ao mercado os *standards* aplicáveis. Notas técnicas / decisões extensas e bem fundamentadas, mesmo em caso de acordos, podem fornecer padrões suficientes para que o mercado possa entender os critérios aplicados a uma determinada prática, e o contexto geral do mercado. Maior transparência sobre os remédios negociados em casos de acordos também pode fornecer fundamentos significativos para que o mercado possa entender os problemas concorrenciais aventados e a melhor forma de sua correção. Por fim, a elaboração de guias e manuais é sempre útil como forma de orientação a respeito de *safe-harbors* e melhores práticas. Esses guias, ao fim, acabam não só orientando o mercado, de forma geral, como também a própria autoridade antitruste – o que ajuda a reduzir tempo de análise.

Na sua opinião, quais os maiores desafios para a análise antitruste em mercados digitais, em comparação aos ditos mercados tradicionais?

Por enquanto, o maior desafio ainda é a compreensão das implicações decorrentes desses ‘novos’ mercados para a análise antitruste. Algumas teorias têm surgido com críticas ao modelo tradicional de análise concorrencial, elencando características desses

mercados que os tornariam diferenciados. Críticas são sempre positivas pois encorajam a reflexão sobre a prática existente e a sua eficácia. Todavia, no caso de mercados digitais, muitas dessas críticas, e das teorias delas decorrentes, estão fundamentalmente lastreadas em presunções como: (i) há problemas concorrenciais estruturais nesses mercados; e (ii) as ferramentas atualmente fornecidas pelo direito concorrencial não são capazes de lidar com esses problemas de forma adequada. Não há evidências empíricas, no entanto, que confirmem a veracidade dessas presunções, senão apenas um *senso comum* de que empresas de tecnologia acumularam ‘poder significativo de mercado’ e que, o antitruste não foi capaz de responder a contento a esse crescente poder de mercado.

No entanto, algumas perguntas antecedentes são inevitáveis: quais são as *proxys* aplicáveis a esses mercados? Como se mede o grau de concorrência para fins de determinação da existência de problemas estruturais em mercados digitais? As críticas que têm surgido acerca da utilização das ferramentas tradicionais se valem exatamente das ferramentas tradicionais para identificar problemas concorrenciais. Parece ser um erro anacrônico. Por outro lado, pelo princípio da livre iniciativa, a mera existência de poder de mercado não deveria ser considerada como fator preponderante para se determinar a existência de problemas estruturais.

Há ainda preocupações em relação ao tempo de permanência de determinadas empresas como incumbentes no mercado. Todavia, mercados centenários, como automobilístico, financeiro e óleo & gás, para mencionar alguns, possuem incumbentes históricos, e isso nunca foi considerado como régua para criação de novas ferramentas antitruste. O questionamento contrafactual a essa preocupação é: mercados digitais deveriam ter empresas trocando a posição de liderança de forma mais dinâmica? Por que? A resposta para a primeira pergunta parece ser ‘não’. Desde que isso ocorra por métodos naturais de competição, o poder de mercado, em si, não deveria ser um problema. Isso, certamente, nos faz

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

questionar as bases das presunções assumidas por parte relevante da comunidade antitruste.

Uma análise histórica tem demonstrado, no entanto, que o sucesso das atuais empresas de tecnologia parece muito mais baseada no aprendizado competitivo das suas predecessoras. E a existência de ‘inovação’ parece ser um tema central nessa questão. Inclusive, essa parece ser uma *proxy* interessante para se analisar práticas anticompetitivas em mercados digitais. Ainda pouco explorado, o índice de inovação parece ser um caminho, no mínimo, interessante – e ele parece adequado e aplicável, mesmo dentro de um padrão de *consumer welfare standard*. E a se julgar pela evolução tecnológica recente, não se tem notícia de evidências que demonstrem a queda no grau de inovação nesses mercados. Pelo contrário, incumbentes e entrantes parecem travar uma guerra por novos mercados e tecnologias.

Por fim, há ainda o problema da interconexão crescente entre mercados digitais e tradicionais. Assim como a revolução industrial se espalhou por todos os setores da economia, a revolução digital tem cada vez mais atingido os diversos setores. Há uma inevitável migração e mistura desses mercados, a ponto de se questionar a existência de uma linha divisória entre ambos. Ferramentas antigas ou ferramentas novas precisam ser adequadas para todas as situações, e não apenas para setores específicos.

SÉRGIO VARELLA BRUNA

Por favor, conte-nos sobre algum dos principais casos que atuou como advogado. Como foi a importância do diálogo com a autoridade concorrencial nesse caso? O que teria sido mais determinante para o desfecho da decisão (pareceres econômicos, interlocução com autoridades etc.)?

Um dos casos marcantes na minha vida profissional foi, sem dúvida, o ato de concentração entre a Brahma e a Antarctica, que levou à criação da Ambev. A operação ocorreu em meados de 1999, enquanto meu filho mais velho, hoje com 24 anos, tinha 8 meses. Naqueles dias ele esteve hospitalizado por quase 30 dias, com uma septicemia surgida do nada. Criança pequena não fala e não diz o que dói. Tratá-la é sempre um desafio. Para os pais, infinita aflição.

Passei as duas primeiras semanas da internação dormindo numa poltrona, ao lado da cama do hospital, enquanto minha mulher dormia no sofá. Foram dias tensos e bem difíceis. Eu continuei indo ao escritório pela manhã e retornava ao hospital à noite, para a minha poltrona...

Nesse tempo eu participei de reuniões intensas, realizadas em sigilo, no último andar da Salles Interamericana, uma agência de publicidade que ficava no prédio onde hoje está o Tozzini & Freire. Eles disseram aos funcionários que fariam uma reforma e fecharam o andar em que havia o restaurante da diretoria, onde hoje são as salas de reunião do escritório. Entrávamos com codinomes por um elevador exclusivo e nós dizíamos representantes de empresas fictícias. Coisa de cinema. Pedi licença à minha mulher para me afastar da poltrona enquanto minutava o requerimento de apresentação da operação.

Eram outros tempos. O CADE tinha começado seu processo de evolução, depois de anos, décadas, em que o órgão fazia apenas uma figuração institucional. A economia brasileira era baseada em preços controlados, um ambiente sem espaço para muita concorrência. Menos ainda para quem se propusesse a defendê-la. A obrigatoriedade da

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

notificação dos atos de concentração era ainda relativamente recente, pois havia sido instituída em 1994, com a Lei nº 8.884.

O procedimento era caótico: corria em paralelo nos três órgãos: o CADE, a SDE/MJ e a SEAE/MF. Todos eles enviavam ofícios ao mesmo tempo, alguns antes de os anteriores terem sido respondidos. Em razão dos pedidos de dilação de prazo para algumas respostas, tínhamos permanentemente algo como uma dezena de ofícios em processo de coleta de informações e elaboração das respostas. A loucura entrou pelo ano 2000. Viramos o Carnaval e a Semana Santa trabalhando em memoriais. Enquanto isso, para refrescar, eu fazia meu doutorado.

Comecei, então, a aprender que um caso é fácil ou difícil não pela destreza técnica que exige dos advogados e economistas. A dificuldade vem da pressão que penetra por todos os lados: a começar pelos clientes, passando pelos colegas de escritório, pelas autoridades e, a pior de todas, a que exercemos sobre nós mesmos.

Tirei várias lições de vida desse período. Alguns desafios superei. Outros, continuo tentando. Seja como for, sobrevivi. Saí mais maduro e um profissional melhor, penso eu.

Foi a primeira oportunidade que tive de interagir com economistas no dia a dia de trabalho. Tive a sorte de o Professor Luciano Coutinho ter assumido a condução dos trabalhos nessa frente. Ele conquistou minha admiração desde o começo, embora as minhas convicções políticas fossem totalmente diferentes das dele. Enfim, um cavalheiro, um admirável professor, a quem até hoje admiro, embora não venha tendo a sorte de desfrutar do seu convívio. Sempre recebo notícias pelo seu filho (e também) professor, Diogo, a quem igualmente admiro.

A ligação entre economia e direito sempre esteve no foco das minhas preocupações. Aprendi com o Professor Fábio Nusdeo, meu querido orientador, que se trata de duas maneiras de observar o mesmo fenômeno social: verso e reverso da mesma moeda.

O pouco que sei de economia me ajudou a entender que a profissão do advogado não é uma atividade intensiva em capital. Ganhos

no passado ou investimentos físicos não são o que mais importa. O que mais importa não é o investimento que se faz nas instalações, móveis ou na biblioteca. A chave do sucesso está nas relações que construímos ao longo da vida, na profissão e fora dela.

Costumo dizer aos colegas mais jovens com quem trabalho que o nosso capital pessoal é acumulado com o tempo que dedicamos aos estudos acadêmicos e investimos nas nossas relações pessoais. Perante as autoridades, nosso capital é igualmente construído investindo muito tempo, que constrói nossa reputação perante os servidores com quem lidamos.

Embora o principal dever do advogado seja defender os interesses dos clientes, o profissional deve agir de forma correta a todo tempo, pois os casos terminam, mas nós e as autoridades continuamos no mesmo lugar. O profissional deve ser digno de fé: inspirar confiança nas autoridades com quem se relaciona, com ética e transparência. Para isso, o passado conta muito. Tenho imenso orgulho da reputação que construímos ao longo do tempo, eu e os colegas com quem trabalho ou trabalhei.

A importância disso? O pior que pode acontecer a um profissional que trabalha em interface com a administração pública é enfrentar a desconfiança da autoridade. Tudo o que se diz é contestado, verificado, desafiado. Não há argumentos que cheguem, por melhores que sejam.

Agir de modo correto, ao longo dos anos, faz menores as pedras que estarão pelo caminho e ajuda a superar os desafios, abrindo espaço para uma ação colaborativa com as autoridades. Muitas vezes o papel mais importante do advogado é fazer-se de psicólogo: ajudar o cliente a assimilar a frustração de não conseguir tudo o que quer e contentar-se com o possível. E isso tudo sem mudar de advogado. Não é um pequeno desafio, acreditem.

Em relação aos critérios para a notificação de atos de concentração, o Sr. os considera adequados considerando o contexto brasileiro?

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Entende que a lei atual poderá passar por novos ajustes no critério de faturamento, por exemplo, em um futuro próximo?

É inevitável que, mais dia, menos dia, passemos por uma atualização dos faturamentos que ensejam notificação obrigatória. A moeda perde o valor ao longo dos anos até nos países mais desenvolvidos. Não há nenhum sentido em manter o CADE sobrecarregado com trabalhos burocráticos, em casos que não oferecem qualquer risco ao mercado.

Mas esse problema já não é tão grande quanto foi no passado, graças ao próprio CADE. Os métodos e procedimentos evoluíram imensamente ao longo dos anos. Na época do caso Ambev, quase nenhum processo demorava menos de um ano. Grande parte levava dois ou mais. Um dia enviei uma mensagem para um advogado de Bruxelas sobre a aprovação de uma operação e ele me agradeceu por lembrá-lo dos seus “historic filings”. Parecia engraçado, mas era triste.

Em passado recente, chegamos a ver a aprovação de casos simples em cerca de duas semanas. Está levando um pouco mais hoje em dia, mas o que existia mudou da água para o vinho.

Muito mudou no que se refere à análise de atos de concentração ao longo dos anos na jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”). Na sua visão, como o Cade poderia aprimorar os procedimentos de análise de atos de concentração?

É preciso reconhecer, diante do processo caótico de antes, que não há base de comparação com o sistema que temos hoje. Não há o que tenha surgido pela mão humana, contudo, que não possa ser aperfeiçoado. Por outro lado, é preciso dizer, igualmente, que a eficiência do CADE já foi maior do que a atual.

A perda que tivemos não foi culpa das pessoas que trabalham no órgão. Os desafios institucionais do Brasil são gigantesco. Até o que é muito ruim pode sempre piorar. E o que é bom, então, nem se diga!

Se o preço da liberdade é a eterna vigilância, todos nós temos a responsabilidade de lutar para que o CADE possa navegar com sucesso as águas tormentosas da burocracia federal, para obter os recursos pessoais e materiais de que necessita e, assim, continuar a ser um oásis de competência e eficiência no setor público do país. Não é o único, é bem verdade. Mas há muitos poucos órgãos com tamanha qualidade.

Ouvi como anedota, de economistas amigos, a máxima de que, no Brasil, até o passado é incerto. É engraçado, mas é verdade. E quem vai a Brasília sabe que por lá a todo tempo se ouve o tilintar das correntes do fantasma do retrocesso, que está sempre a rondar.

O avanço que gostaria de ver nos atos de concentração depende mais do próprio CADE do que do legislador. Há um grande espaço para ação regulamentar em temas cruciais que o CADE tem insistido em não enfrentar.

Por exemplo, uma definição mais clara dos poderes societários que caracterizam o controle compartilhado. Quais são eles? Sabemos que os direitos normalmente destinados à mera proteção de acionistas minoritários não significam parcela de controle. Mas quais são eles?

Seria possível, por outro lado, definir critérios mais precisos para o cálculo do faturamento em atos de concentração. Há jurisprudência que autoriza a exclusão do faturamento intragrupo, mas faltam diretrizes sobre se o faturamento de exportações deve ser computado, por exemplo. Não seria o caso de, em situações de controle compartilhado, ratear o faturamento da empresa, proporcionalmente, entre os acionistas? Na falta de normas específicas, vale o critério contábil para o cálculo?

No caso dos contratos associativos, a Resolução 17 – que, por sinal, derivou de uma proposta do IBRAC – trouxe já uma boa evolução em relação ao disparate era a Resolução 10, por ela revogada. Mas têm surgido algumas decisões que tergiversam sobre o tema, aproximando-se perigosamente de um retrocesso conceitual. Outro desafio, nesse tema, é a dificuldade de buscar orientação na jurisprudência, pois as cláusulas

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

contratuais são sempre objeto de acesso restrito. Seria muito simples exigir que as partes apresentassem resumos não confidenciais das disposições consideradas centrais para o CADE enquadrar ou não o instrumento como contrato associativo. Simples providência regulamentar que daria à jurisprudência maior capacidade de orientar empresas e profissionais da área.

Será que não seria adequado criarmos uma exceção para aquisição de participações minoritárias para “propósitos exclusivos de investimento financeiro”, como existe nos Estados Unidos?

Enfim, há muitas questões. Algumas não são novas e já foram tratadas na jurisprudência. Precisariam apenas ser consolidadas, para que não sejam esquecidas, o que é sempre um risco em tribunais administrativos, cuja composição costuma mudar com alguma rapidez. Talvez seja essa uma nova oportunidade para o IBRAC contribuir, como foi o caso da Resolução 17.

SILVIA FAGÁ

Na sua visão, qual será o futuro da prática concorrencial, sob a ótica da advocacia e sob a ótica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”)?

O CADE acumulou ao longo das últimas décadas uma robusta experiência técnica, sobretudo após a introdução da nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011)¹⁰². Um exemplo deste processo é a pluralidade de avaliação de Atos de Concentração complexos em associação à adoção de remédios também de elevada complexidade.

No período mais recente, o CADE seguiu avançando com celeridade nas instruções de Atos de Concentração (ACs), tema que ganhou mais atenção nos primeiros anos da nova Lei. Ao mesmo tempo, o conselho tem avançado na investigação dos casos de condutas unilaterais, outro tema que tem ganhado relevância especialmente no âmbito da crescente importância da análise de casos circunscritos aos chamados mercados digitais. Nesse sentido, a expectativa é que as investigações sobre temas como estes ocorram de forma mais célere, com base em processos cada vez mais institucionalizados. Tal processo é um indicador relevante do fortalecimento institucional da autoridade, que tende a seguir se robustecendo tecnicamente ao longo dos próximos anos.

Tão ou mais importante que os avanços de natureza mais processual, verifica-se também um fortalecimento da atuação do CADE a partir de elementos contidos em seu próprio desenho institucional e na experiência gerada pela contínua aplicação da política de defesa da concorrência. Ainda que só se verifiquem mudanças efetivas em horizonte de tempo mais longo, é possível que o CADE amplie seu

¹⁰² O artigo contou com reflexões e comentários dos colegas economistas Paulo Henrique de Oliveira, Antônio Faria e João Carlos Morais, aos quais agradeço pelas contribuições.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

escopo de atuação, seja aproximando-se ainda mais das agências reguladoras – via instrumentos de cooperação já existentes ou a serem desenhados –, seja assumindo competências adicionais.

Tais transformações podem ocorrer pois o tema da concorrência se desenvolve paralela e coordenadamente em relação a tópicos diversos como sustentabilidade; direitos trabalhistas; direito do consumidor e preocupações específicas envolvendo diferentes questões dos mercados digitais, por exemplo. Temas como esses vêm ganhando relevância nas mais diversas jurisdições, trazendo para a ordem do dia elementos de interlocução da política de defesa da concorrência com assuntos ligados a debates ESG¹⁰³ na análise dos impactos de um Ato de Concentração ou de uma estratégia empresarial (como no caso da validação de métricas de preservação ambiental ou da incorporação de metas de sustentabilidade na avaliação de possíveis eficiências e/ou no desenho de remédios). Do mesmo modo, cresce a importância de discussões sobre o impacto de concentração econômica em determinados segmentos do mercado de trabalho (tema que vem crescendo nos EUA e que em 2022 também se tornou pauta da agenda do CADE¹⁰⁴). E, como já colocado, estudos e avaliações relacionados a novos modelos de negócio e ao papel central que plataformas digitais cumprem na intermediação dos mais diversos mercados e setores econômicos.

Embora não seja esperada uma replicação exata das mudanças verificadas em outros países, os movimentos que ocorreram notadamente na Europa e nos Estados Unidos devem influenciar, no médio prazo e em alguma medida a doutrina antitruste brasileira (ainda que o CADE atue de forma autônoma na análise dos casos específicos). Em que pese que

¹⁰³ ESG é a sigla do inglês para *Environmental, Social and Governance*.

¹⁰⁴ Caso do IA n° 08700.004548/2019-61, em que a partir da celebração de um acordo de leniência em setembro de 2019, o CADE instaurou um inquérito para apurar práticas anticompetitivas no mercado de trabalho da indústria de produtos, equipamentos e serviços correlatos para cuidados com a saúde. Cerca de quarenta firmas são investigadas pela suposta troca de informação comercial e concorrencialmente sensível entre concorrentes a respeito de remunerações, reajuste salariais e benefícios oferecidos aos funcionários e/ou futuros funcionários do mercado de trabalho afetado.

a principal métrica de análise observada pela autoridade siga sendo o bem-estar do consumidor, a sua mensuração poderá incluir temas mais amplos – como alguns dos mencionados acima –, ampliando o foco atual da métrica de bem-estar, que é principalmente pautada pela dimensão preço.

Quais desafios economistas que trabalham com direito concorrencial devem enfrentar nos próximos anos?

Os economistas que trabalham com o direito concorrencial enfrentarão uma série de desafios nos próximos anos. Como mencionado, a política antitruste sempre teve como principal métrica para a mensuração do bem-estar a análise dos preços de bens e serviços, sendo que tal estrutura se dá pois normalmente mercados de caráter mais tradicional sempre apresentaram preços como um dos vetores competitivos mais relevantes. Além disso, sob a ótica da aplicação e análise concorrencial, o preço apresenta a vantagem de ser uma métrica objetiva e observável.

Já no contexto de possível ampliação da atuação da política de defesa da concorrência e considerando outras dimensões do bem-estar para além da dimensão preço, a análise dos impactos concorrenciais; a formulação de teorias de dano e a análise de possíveis eficiências tornam-se mais desafiadoras, uma vez que neste novo cenário estas dependem de variáveis menos objetivas e mensuráveis.

Neste sentido – considerando especialmente os avanços tecnológicos e o papel social e econômico cada vez mais central dos mercados digitais –, o pressuposto simplificador de agentes racionais deve demandar a incorporação de preceitos oriundos da economia comportamental. Isso envolve analisar vieses comportamentais e a rotina dos agentes, que permitem a elaboração de estratégias empresariais para influenciar o comportamento dos consumidores (com os chamados *nudges* ou *dark patterns*, por exemplo, que envolvem apresentação de sugestões sutis como forma de induzir o comportamento do

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

consumidor¹⁰⁵). Todos estes pontos são observáveis historicamente em mercados tradicionais, mas ganham especial tração a partir das elevadas economias de rede, de escala, de escopo e de dados orientadas pelos mercados digitais.

Conduitas como essa devem tornar mais complexo o entendimento do comportamento dos agentes e sofisticar a modelagem das decisões individuais e da dinâmica competitiva dos mercados. Os desafios vão para além de questões conceituais, afetando também a adoção e a importância de determinadas ferramentas de análise. As novas tecnologias se traduzem em novos métodos, o que não se detém apenas na sofisticação de modelos quantitativos, mas também no que tange à coleta e organização de dados, abrindo as portas para uma ampla gama de possibilidades de análises e, conseqüentemente, novos desafios e oportunidades.

Nesse sentido, a análise de mercados digitais – como já colocado – deve representar a área que enfrentará os desafios mais relevantes na defesa da concorrência. Por um lado, o conjunto de dados disponível é mais rico e completo. Ao mesmo tempo, informações sobre o passado dizem pouco sobre o presente e não permitem avaliações preditivas robustas. Não obstante, o próprio processamento de “*big data*” já se coloca como um desafio dada a necessidade não apenas de aumentar a capacidade de processamento de dados, mas também de entender que filtros e técnicas apresentam a maior valia em um cenário em que a assimetria informacional pode ser gerada justamente por um “excesso” de opções de análise. Complexificando ainda mais o cenário, os pontos descritos anteriormente necessitam ser compreendidos em meio a um contexto de necessidade premente de processo de análise céleres, permitindo o acompanhamento da rápida dinâmica do mercado e a colocação em prática de intervenções tempestivas.

¹⁰⁵ Um exemplo comum é oferecer serviços adicionais acoplados à um produto, e exigir que o consumidor se manifeste se não quiser o serviço adicional, tomando o seu consentimento como dado, ao invés de exigir que ele se manifeste para adquirir o serviço.

Ademais, análises tradicionais focadas em índices que mensuram poder de mercado e posição dominante podem ser insuficientes quando da avaliação de um cenário concreto. Nesse sentido, será importante avançar na discussão de métricas e indicadores, bem como novos métodos para avaliação de rivalidade – especialmente a rivalidade potencial, que será cada vez mais intensa. O *trade-off* enfrentado por economistas tanto na academia como na administração pública é de um lado implementar novos métodos e referências, mas ao mesmo tempo zelar pela estabilidade institucional, conferindo transparência e previsibilidade na tomada de decisão da autoridade concorrencial, trazendo diretrizes claras para as empresas avaliarem suas estratégias.

Para onde caminham os debates globais sobre mercados digitais?

Determinados debates são especialmente importantes e acirrados na esfera digital. A delimitação do escopo da política antitruste e da necessidade de regulação complementar se tornou um dos importantes tópicos de discussão no âmbito dos mercados digitais. O rápido crescimento das plataformas digitais tem chamado a atenção das autoridades regulatórias, sendo importante destacar que nem todas as preocupações decorrem de questões concorrenciais. Os mercados digitais tendem a apresentar falhas de mercado intrínsecas, que podem demandar intervenções que vão além do escopo da política de defesa da concorrência. Destacam-se, neste sentido, elementos como grande assimetria informacional; externalidades (positivas e negativas) e tendência à concentração de mercado (podendo haver convergência para situações de “monopólios naturais”).

O escopo e desenho institucional da política antitruste brasileira não endereça diversas das falhas de mercado supracitadas, que mesmo em mercados mais tradicionais tendem a ser endereçadas por regulação específica, implementada por agências com atuação *ex-ante*, de forma a complementar a intervenção do CADE.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Logo, um desafio importante que será colocado para o sistema brasileiro de defesa da concorrência será o alinhamento (e realinhamento, se for o caso) do escopo e desenho institucional da política antitruste. A discussão sobre a regulação ex-ante tem hoje como referência o DMA (*Digital Markets Act*, que está em processo de implementação da União Europeia). Não se sugere copiar instituições, pelo contrário: as regras estabelecidas em determinadas jurisdições podem não ser eficientes em outras economias, que apresentam dinâmicas de mercado específicas, especialmente considerando-se o contexto particular das economias emergentes, como é o caso brasileiro.

Nesse sentido, é fundamental também observar os erros e sucessos das principais propostas regulatórias mundo afora. Um dos principais elementos levantados em relação ao desenho regulatório do DMA, em particular, diz respeito ao caráter assimétrico da regulação, isto é, o estabelecimento dos chamados *gatekeepers* enquanto objeto central da iniciativa regulatória. Dúvidas podem ser estabelecidas em relação a tal parâmetro uma vez que a definição de tal objeto pode implicar no processo de regulação de um determinado perfil de empresa e não necessariamente da falha de mercado subjacente ao problema observado. Os dispositivos do instrumento regulatório, ao coibirem determinadas estratégias, podem também limitar a concorrência entre essas grandes plataformas (que são alvo da regulação). Ademais, as plataformas de menor porte podem ter incentivos reduzidos para expandir sua atuação, evitando assim serem vistas como *gatekeepers* e passem e ficar expostas à regulamentação mais rigorosa. O possível efeito líquido pode ser, portanto, de diminuição da competição.

Há diversas questões e incertezas envolvendo a possível regulação dos mercados digitais, que vão além dos exemplos citados acima, o que não configura motivo para se descartar a criação de arcabouço regulatório que enderece tais preocupações. Contudo – especialmente no caso brasileiro e a partir do exemplo europeu – há uma longa agenda de debates ainda a serem promovidos para que se identifique as regras que necessitam de maior aprofundamento antes de

seu estabelecimento. Neste processo, será importante avaliar os *trade-offs* intrínsecos à elaboração de política pública, considerando, por exemplo, que a inclusão de diferentes dimensões do bem-estar poderá implicar em aumento de custos e preço mais elevados. Esta decisão não cabe apenas à autoridade concorrencial, mas é inerente a um debate mais amplo e profundo de toda a sociedade civil sobre as interfaces entre plataformas digitais e o direito da concorrência.

SONIA MARIA GIANNINI MARQUES DOBLER

Desde o início de sua atuação em Direito Concorrencial, o quanto diria que a advocacia na área do direito concorrencial mudou? Quais foram essas mudanças? A Sra. nota alguma alteração sobre o perfil da classe atuante na área?

Ao longo do tempo, houve uma notável mudança na atuação da advocacia no Direito Concorrencial. Além de, à época, existirem poucos profissionais especializados na área, a jurisprudência administrativa era ainda bastante restrita.

A partir da Lei nº 8.884/94, casos importantes e emblemáticos foram levados à análise das autoridades antitruste, o que contribuiu para que houvesse maior divulgação das decisões do CADE, inclusive com grande repercussão na mídia. Citam-se, como exemplos, os casos Colgate/Kolynos e Nestlé/Garoto.

Como consequência, a meu ver, ocorreu um despertar dos profissionais para esse nicho da advocacia, trazendo ao cenário, sobretudo, jovens talentos, que detectaram no Direito Concorrencial uma forma de desenvolvimento da carreira.

Para mim, essa convivência de gerações é muito salutar, havendo troca de sinergias entre a experiência dos mais antigos e a impetuosidade dos mais jovens, todos com muita competência.

Poderia discorrer sobre sua atuação em algum caso perante o CADE que foi relevante para o desenvolvimento da política concorrencial?

Considero intrigante atuar em investigações que envolvam condutas por infração à legislação concorrencial, pois o profissional da advocacia se encontra com sua essência, ou seja, exercer o direito de defesa e o contraditório.

Atuei em casos relevantes, tais como o dos “Genéricos” e o chamado “Cartel dos Gases”. Ambos redundaram, após as respectivas

decisões pelo CADE, em processos judiciais com decisões modificativas das emanadas pelo CADE.

Quais foram os principais desafios que a Sra. enfrentou no início da advocacia concorrencial em termo de desigualdade de gênero?

Ainda que existisse uma predominância masculina na advocacia concorrencial, nunca entendi esse aspecto como um obstáculo ao desenvolvimento da atividade nessa área. Pelo contrário, os colegas, à época, sempre foram muito cordiais e nunca senti nenhuma discriminação pelo fato de ser mulher.

Entendo que as barreiras encontradas vão além do Direito Concorrencial e cabe a nós, mulheres, desbravarmos e transpormos essas barreiras, demonstrando, com competência e serenidade, que podemos e somos capazes.

No Direito Concorrencial, especificamente, vejo que essas barreiras foram derrubadas, pois me deparo atualmente com mulheres altamente qualificadas, atuando na área com grande destaque.

Fácil?! Não é e nunca foi! Entretanto, temos garra, resiliência e competência. E o resultado está aí!

TITO ANDRADE

Como foi para o Sr. atuar com o Direito da Concorrência quando pouco se falava desse ramo no Brasil? Como a interlocução internacional que seu escritório dispõe contribui para o exercício da advocacia? Quais as principais características do advogado concorrencial do presente e do passado? Quais habilidades esse profissional deve desenvolver para permanecer no mercado?

Inicialmente, gostaria de agradecer ao IBRAC, na pessoa da sua Diretora de Publicações, Flávia Chiquito, pelo amável convite para contribuir com essa oportuna obra que está sendo preparada em comemoração dos 10 anos da Nova Lei Antitruste (Lei 10.529/2011). É uma grande honra participar de uma obra repleta de nomes que tanto admiro.

Bom, a minha entrada no mundo antitruste ocorreu de uma forma até certo ponto inusitada. Quando me formei na faculdade de direito, no Rio de Janeiro, no ano de 1995, pouco ou quase nada se falava de antitruste no Brasil. A Lei 8884/94 ainda engatinhava e o CADE era um órgão pouco conhecido e de pouca expressão e importância no mundo empresarial. Acredito, ainda, que nos anos 90, a maioria das faculdades de direito no Brasil ainda não oferecia – sequer como eletiva - a cadeira de Direito Antitruste.

No ano de 1997 decidi sair do país para fazer o *Latin Legum Magister* (“LLM”), pois acreditava que seria útil como um ponto de partida para uma mudança de carreira que pretendia fazer. Comecei a me preparar para este movimento, pesquisando e conversando com amigos e colegas que já tinham vivido essa experiência internacional. Depois de muita pesquisa, e como já havia sido intercambista nos EUA na minha adolescência, entendi que seria mais interessante aplicar para uma vaga em alguma instituição de ensino na Inglaterra. Assim, em meados de 1998, embarcava para Londres para o LLM na LSE (*London School of Economics and Political Science*). O cardápio de matérias era tão vasto e interessante – e na época ainda com a opção de cursar cadeiras em

outras faculdades dentro da Universidade de Londres – que tínhamos algumas semanas para experimentar até decidir o currículo final. Durante esse período de experimentação conheci o curso de Direito Antitruste do Professor Richard Wish que era oferecido na King’s College e era muito popular entre os alunos, e o curso de Direito Antitruste Comparado - US e EC que era oferecido pela UCL (*University College of London*). Portanto, meu primeiro contato com o antitruste nasceu durante o LLM, quando tive a oportunidade de estudar as bases teóricas e a jurisprudência tanto da Suprema Corte Americana como da Comissão Europeia. Ou seja, até aquele momento, jamais havia trabalhado com antitruste.

Ao término do LLM, tentei complementar o período no exterior com uma experiência prática profissional. Apliquei para diversos estágios mas o meu foco principal era conseguir uma posição na Comissão Europeia em Bruxelas, incluindo o antigo DG4 (Diretoria Geral então responsável pela área antitruste). Terminei recebendo um convite para estagiar no Secretariado Geral – uma espécie de Casa Civil da Comissão Europeia – e a minha função era acompanhar as propostas legislativas da CE junto ao Comitê Jurídico e de Mercado Comum do Parlamento Europeu. O Parlamento Europeu se reunia em sessões ordinárias em Bruxelas e nas sessões Plenárias em Estrasburgo. Ao término do estágio na CE, já em 2000, consegui uma posição de estágio na OMC (Organização Mundial do Comércio) em Genebra, dentro da Divisão de Regras - que lidava com temas como subsídios, antidumping e salvaguardas -, pois a área de Comércio Internacional era um outro foco relevante dos meus interesses. Ao término desse período, voltei ao Brasil, fiz uma mudança para São Paulo e comecei a trabalhar no Machado Meyer, no seu então recém criado grupo de Direito Concorrencial. Vale ressaltar que nesse período, ou seja, entre o final dos anos 90 e início dos anos 2000-, os escritórios Brasileiros com perfil “*full service*”, com o notável acréscimo da demanda nesse segmento, iniciaram projetos de investimento e construção das suas práticas de Direito Concorrencial.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Ter “vívido” o antitruste em uma fase de consolidação no Brasil nesse período, em um escritório como uma forte pegada internacional, foi um processo muito interessante para a própria construção da minha carreira. Talvez o antitruste seja uma das “áreas” do direito com a maior interseção internacional e o grande volume de casos internacionais submetido aos órgãos concorrenciais no Brasil contribuía, na minha visão, para estimular um forte intercâmbio de teses e para enriquecer o debate e as discussões com o CADE. Vale, por outro lado, reiterar que o CADE ao longo dos anos contou com um corpo técnico extremamente qualificado e que sempre prestigiou e estimulou a ampliação da interlocução internacional. A verdade é que o CADE se qualificou como uma “agência” antitruste de excelência, muito atenta e engajada em relação aos principais temas e discussões internacionais, com um bom canal de comunicação com os seus pares no exterior e, vale ressaltar, gozando de uma liderança e vanguarda no que tange aos países em desenvolvimento.

Portanto, como advogado, tem sido uma jornada gratificante atuar em uma área do direito que propicia participar de discussões de ponta que estão ocorrendo em jurisdições avançadas e trabalhando em casos importantes e complexos.

Vale esclarecer que a partir do início de 2018 assumi a posição de Sócio Administrador no escritório do qual sócio e, neste diapasão, o acompanhamento da jornada de formação do advogado, especialmente os mais jovens, tem sido ainda mais frequente no meu dia a dia. Ainda que em forte medida continue também trabalhando com casos antitrustes, uma parte relevante do meu tempo é dedicada para assuntos estratégicos do escritório. Uma das prioridades da minha agenda é garantir que possamos atrair novos talentos e que tenhamos os recursos e as ferramentas para o desenvolvimento dos nossos profissionais.

Entendo que, ao longo das últimas décadas, as próprias transformações na sociedade exigiram uma evolução em relação as principais características de um advogado, seja um especialista da área antitruste ou não. Por outro lado, o profissional de direito precisa

permanecer curioso e muito atualizado e buscar a melhor formação acadêmica possível. Na verdade, nos dias de hoje, como existe muito conhecimento e informação disponíveis, a capacidade de priorizar e garimpar as fontes relevantes se tornou absolutamente chave. O conceito de *life long learning* é mais verdadeiro do que nunca. A dica para os jovens profissionais, até para uma disciplina melhor, seria reservar um número fixo de horas por semana para esse processo de aprendizado contínuo de forma que se torne um hábito que o acompanhe ao longo de sua carreira. Em conjunto, mas não menos importante, há um conjunto de habilidades chamadas de “soft skills” que ganhou muito destaque e são muito valorizadas no mercado de trabalho: capacidade de trabalhar em grupo e desenvolver múltiplas tarefas (flexibilidade), empatia, capacidade de comunicação clara, etc. A meu ver o profissional atual precisa equilibrar tanto os *hard skills* como as *soft skills*. Além do mais, com a velocidade das transformações no ambiente de trabalho, é importante que o profissional permaneça muito atento para que possa identificar oportunidades e eventuais gaps na sua formação. O ritmo acelerado das mudanças exigirá advogados diferentes, dispostos a aprender e se reciclarem e que tenham um espírito empreendedor e habilidade de jogar em um time que deve ser cada vez mais diverso.

Na sua visão, quais as principais diferenças do Cade no início da sua atuação em Direito Concorrencial em relação ao Cade atual? A atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) se assemelha mais a de um Tribunal ou a de uma Agência Reguladora?

Essa é uma excelente pergunta e permite uma reflexão mais cuidadosa sobre a própria atuação do CADE, o desenvolvimento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”) e o amadurecimento da política de concorrência no Brasil nas últimas duas décadas. Para começar, cheguei a advogar por muitos anos ainda sob a égide da Lei 8884/94 que, do ponto de vista de sua concepção, era claramente inadequada para promover um regime de controle de

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

estruturas eficiente. A possibilidade conferida pela lei de fechamento de uma operação de concentração (*latu sensu*) sem a aprovação antitruste, gerava enormes dificuldades para a autoridade e um verdadeiro *fait accompli*. Posteriormente, como forma de mitigar o problema, criou-se o APRO (Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação) com alguns “DOs” and “DONT’s” que eram negociados individualmente entre os requerentes e a autoridade para tentar mitigar eventuais os efeitos danosos oriundos de um fechamento “premature”. O ponto fulcral é que autoridade negociava muitas vezes ainda em uma fase ainda preliminar da instrução e, dessa forma, havia um enorme gap informacional entre as requerentes e o CADE. Para piorar, o arcabouço institucional, com a coexistência de múltiplas secretarias que repetiam o processo de instrução e emitiam pareceres meramente opinativos, por vezes gerava retrabalho, posições conflitantes – que eram exploradas judicialmente – e um desnecessário atraso na própria decisão final do caso. E em se tratando de controle de estruturas, no qual o “tempo econômico” tem grande importância na tomada de decisão dos agentes – a demora era muito nociva para os negócios.

Dito isso, qualquer comparação deve levar em consideração a mudança ocorrida com a Lei 12.529/11 que trouxe inequívocos avanços no Brasil. De toda a sorte, sou daqueles que compartilha a tese de que o CADE também vive um processo contínuo de evolução ainda que essa evolução opere de forma pendular, com algumas idas e vindas, assim como em diversos outros órgãos e tribunais, pois o crescimento raramente ocorre de maneira linear.

Com efeito, o CADE se transformou de um órgão quase figurativo para uma autarquia que se notabilizou não só pela importância da matéria que lida, como pela qualidade das suas decisões e do seu corpo técnico. Ainda que se admita algumas críticas, não se pode negar o avanço ocorrido nas últimas décadas. Entendo, ainda, que a advocacia também evoluiu, sendo certo que novas gerações de advogados antitrustes foram formadas. Hoje um contingente de profissionais

altamente capacitado e treinado milita na área antitruste e lidera equipes e casos da mais alta envergadura.

Quanto ao segundo ponto da pergunta, entendo que o legislador optou claramente por um modelo de Tribunal, isto é, um órgão quase que meramente julgador. Na verdade, neste aspecto específico, mantendo a nossa tradição, entendo que o avanço trazido pela nova lei antitruste racionalizou o arcabouço institucional, com a retirada da SDE e da SEAE, e a criação de uma Superintendência Geral (“SG”) bastante forte, com o poder/dever de instruir e até decidir atos de concentração (“AC”). Por outro lado, o caráter mais “contencioso” da nova estrutura ficou bastante evidente (i) ao permitir que os ACs aprovados pela SG fossem objeto de revisão pelo Tribunal e (ii) ao se fortalecer os poderes do Tribunal.

De toda a sorte, como um comentário meramente lateral, diante da estrutura que possui e do seu prestígio, entendo que o CADE poderia desempenhar um papel de maior protagonismo no que se refere à advocacia da concorrência (*advocacy*) e ao desenvolvimento transversal de uma política de concorrência no nosso país.

Conte-nos um bastidor de algum caso relevante que tenha negociado com o CADE.

Na minha vida profissional no antitruste que, como mencionei acima, já tem mais de vinte anos, tive o privilégio de participar de inúmeros casos nos quais me orgulho e entendo que pude contribuir de alguma forma para a solução do problema do cliente.

Ainda que não exista algum “bastidor” que seja digno de um registro ou destaque nessa obra, com absoluta convicção posso afirmar que tive o privilégio de trabalhar – ou litigar - com pessoas extraordinárias tanto ao meu lado como na qualidade de ‘oponentes’ nas centenas de casos que trabalhei. Pessoas comprometidas, altamente qualificadas e engajadas. O mesmo comentário vale para as autoridades com as quais também tive a oportunidade de trabalhar, discutir e

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

negociar. Todas essas experiências tiveram um profundo impacto na minha vida e, não tenho qualquer dúvida, contribuíram a minha formação como pessoa e profissional.

VICENTE BAGNOLI

Na sua visão, qual será o futuro da prática concorrencial, sob a ótica da advocacia e sob a ótica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”)?

Entendo que o futuro da prática concorrencial, tanto pela ótica da advocacia, quanto pela ótica do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), está estritamente relacionado um com o outro. Quanto mais técnica for a atuação da autoridade da concorrência, mais exigirá dos advogados no desempenho dos seus trabalhos. Da mesma forma, quanto mais técnica for a atuação dos advogados, demandará uma maior técnica de análise do CADE para instruir e decidir casos.

Isso é extremamente positivo e salutar, pois faz com que a prática concorrencial seja pautada pelo mais alto nível e por rigorosos critérios técnicos, de modo que o resultado do processo decisório seja concluído pela técnica, afastando assim questões outras, como influência política ou *lobby*.

Esse ciclo virtuoso faz com que advocacia e CADE constantemente tenham que se aprimorar na compreensão da matéria concorrencial, acompanhando tendências e novos desafios, mas sem se esquecerem do histórico que trouxe até o presente. E é justamente esse histórico que fez a advocacia concorrencial e o CADE reconhecidos e respeitados nacional e internacionalmente pela qualidade do trabalho.

Enxergar o futuro é isso, é seguir a toada da tecnicidade jurídico-concorrencial e estarem firmes, advocacia e CADE, para sempre se guiarem pela técnica e em prontidão para repelir toda e qualquer tentativa de influência ou ingerência cujo fator seja outro que não a técnica.

Como ensinar o direito, em particular o direito concorrencial, aos/às alunos/alunas dos cursos de graduação hoje em dia?

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Ensinar o Direito é sempre prazeroso e recompensador, pois o Direito é essencial para o funcionamento da sociedade, o convívio harmônico das pessoas e a realização da justiça. Fato é que de uns anos para cá tem sido desafiador o magistério do Direito. Infelizmente, muito do que se entende e se ensina do Direito acaba sendo aplicado de forma contraditória, como por exemplo a separação dos poderes e a ingerência de um poder sobre o outro, ou mesmo a inércia de poderes ao não agir/decidir.

O Direito Concorrencial, em particular, é uma disciplina que vem evoluindo e ganhando corpo e respeitabilidade nos cursos de Direito. Basicamente, de um tema que era tratado em grupos de estudos – por exemplo, desde 2001 no Grupo de Estudos de Direito da Concorrência do Mackenzie, depois como disciplina optativa, portanto restrito a alunos curiosos ou interessados em aprender algo novo, até se tornar disciplina curricular obrigatória – como no Mackenzie onde é ministrada no 9º semestre sob o título Direito Econômico e Concorrencial.

Porém, até hoje são poucas as Faculdades de Direito pelo Brasil que têm na sua grade curricular obrigatória a disciplina Direito Concorrencial. Na maioria dos cursos o Direito Concorrencial é geralmente tratado de forma periférica, secundária, dentro de disciplinas do Direito Empresarial, ou até em Direito Administrativo ou Constitucional. Esse déficit, se assim podemos dizer, acaba sendo de alguma forma compensado em cursos de pós-graduação *lato sensu* onde é ministrado aquilo que os alunos de Direito deveriam ter tido na graduação. Mas, de toda forma, já é um avanço.

O avanço também se explica pela maior demanda de escritórios à estagiários que possuem conhecimento na matéria, a consolidação do CADE como a autoridade da concorrência – é constante a sua presença nos noticiários, ao esforço da advocacia da concorrência, como por exemplo o IBRAC e o incentivo que há décadas traz para a difusão da cultura da concorrência – vide o Seminário Internacional, diversos cursos e palestras e concursos de artigos para alunos de graduação e pós-

graduação - e o programa de estágio e intercâmbio no CADE (PinCADE). Enfim, um conjunto de fatores que acabam contribuindo, e também exigindo, profissionais qualificados cuja parte relevante da sua formação estará na Faculdade de Direito.

O ensinar o Direito Concorrencial também passa pelo grau de conhecimento dos professores sobre o tema e como passar a matéria aos alunos. O conhecimento de casos práticos por parte do professor para ilustrar as aulas, por exemplo, facilita a compreensão da matéria pelos alunos. Não se pode ficar apenas na teoria para ensinar o Direito Concorrencial. O aluno acaba compreendendo a relevância da matéria quando entende se tratar de algo do seu dia a dia, do funcionamento dos mercados, da concorrência, enfim, do bem-estar do consumidor.

Outro ponto importante, ao menos na minha análise, é diferenciar o Direito Concorrencial, enquanto a atuação do CADE e o trabalho de advogados em atos de concentração, casos de cartel e condutas unilaterais, e a Política de Concorrência.

A Política de Concorrência é um instrumental essencial para complementar esforços para a redução da pobreza e contribuir para gerar uma prosperidade compartilhada na sociedade. Isso porque, mercados competitivos funcionam como propulsores do crescimento econômico e da produtividade e como condutores para o bem-estar do consumidor, com inovação, preços mais baixos, melhores produtos e serviços e acesso a esses produtos e serviços, especialmente promovendo efeitos inclusivos e positivos para a faixa dos 40% mais pobres da população.

A eficácia de uma política de concorrência envolve medidas que permitem a contestabilidade por parte dos consumidores e a entrada e rivalidade entre concorrentes, salvaguardando a aplicação das leis da concorrência. Por isso, o Direito Concorrencial deve se atentar à proibição de acordos anticoncorrenciais, à repressão aos abusos de posição dominante e ao controle de concentrações que possam ser prejudiciais à concorrência. A autoridade da concorrência também deve desempenhar a advocacia da concorrência, informado a sociedade e

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

discutindo com o Executivo e o Legislativo medidas que possam afetar ou promover a concorrência.

O Direito Concorrencial, portanto, relaciona-se com a Política de Concorrência, e deixar isso claro aos alunos de graduação é importante fator para a compreensão da necessidade de se estudar o Direito Concorrencial.

Por fim, mas não menos importante, o Direito Concorrencial é pouco explorado em concursos públicos e nos exames da Ordem dos Advogados. À medida em que essas provas exigirem dos candidatos mais Direito Concorrencial, exigirá mais estudo dos candidatos nesse tema. Uma maior atenção ao Direito Concorrencial nos cursos de graduação contribuirá para a melhor formação de juízes, promotores, delegados e advogados. Ou seja, conseqüentemente teremos profissionais mais aptos para lidarem com temas relacionados à concorrência. Certamente será um ganho para o Direito, para o País, e, sobretudo, para a sociedade.

Segundo sua visão e pesquisa, qual é o aspecto mais relevante da força transformativa de mercados digitais sobre o *enforcement* concorrencial? O Sr. vislumbra tendências e/ou diferenças entre as principais jurisdições concorrenciais no mundo?

É difícil dizer qual seria o aspecto mais relevante da força transformativa de mercados digitais sobre o *enforcement* concorrencial. Talvez seja necessário compreender toda essa transformação, seus diferentes aspectos, e então vislumbrar o *enforcement* concorrencial.

O séc. XXI traz desde o seu início diversas inovações tecnológicas que viabilizam a Revolução Industrial de Dados (*Industrial Revolution of Data*) caracterizada pela enorme difusão em quantidade e diversidade de dados digitais em tempo real. Essa tecnologia digital, cada vez mais presente e indissociável na vida das pessoas, permite um aprendizado sem precedentes do comportamento humano e incluiu a internet na forma como as pessoas se comunicam, relacionam-se,

divertem-se e trabalham. Inicia-se, assim, a Era do Big Data, uma transformação nos negócios, que permite empresas monitorarem mercados de forma profética e Estados e governos a melhor se estruturarem e serem mais eficientes na gestão pública.

Encontra-se em curso, portanto, a Quarta Revolução Industrial ou Revolução 4.0, que traz consigo o fenômeno da economia digital, que definitivamente rompe com os padrões anteriores, impondo aos agentes econômicos novas formas de pensar, atuar, agir, criar e se posicionar no mercado. O momento exige séria e profunda reflexão para compreender a competição em mercados de tecnologias disruptivas, multiplataformas, onde é comum haver espaço para uma única empresa (*winner takes it all*), bem como as novas formas de competir com algoritmos e a concentração de dados (big data).

É a fase do capitalismo de vigilância, onde o capitalista de vigilância sabe como melhor utilizar das tecnologias disponíveis para exercer a sua dominação, tendo para si de forma unilateral a experiência humana como a matéria-prima de onde extrai os dados comportamentais.

Nesse contexto de mercados digitais, mais uma vez o *enforcement* concorrencial é o instrumental necessário e essencial para assegurar o funcionamento dos mercados e coibir abusos. Lembremos sempre do §4º do art. 173 da Constituição Federal, segundo o qual “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Portanto, o Estado é necessário para o funcionamento do sistema capitalista, e o Estado assim o faz por meio da autoridade da concorrência na aplicação da Lei Concorrencial.

A Inter-relação das legislações Concorrencial, Consumerista e de Proteção de Dados, também traz reflexões acerca da economia digital e os seus impactos na livre concorrência. Nesse sentido, ganham destaque temas como os cartéis praticados entre empresas por meio da utilização de algoritmos, o emprego do Big Data para determinar o perfil

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

do consumidor e direcionar vendas de produtos ou serviços e a diferenciação ou discriminação de preços feita por sistemas que definem o perfil do consumidor.

Também surgem desafios como quais os critérios a serem empregados para determinar a submissão de atos de concentração à análise pela autoridade concorrencial, quais os métodos a empregar nas análises de concentrações econômicas onde o produto tem custo zero, tais como os aplicativos tidos como “gratuitos”, que inviabiliza o teste do monopolista hipotético para a análise dos efeitos monopolísticos da concentração empresarial.

Enfim, o *enforcement* concorrencial em mercados digitais traz consigo o questionamento de qual a forma de atuação da autoridade de concorrência. Se é muito intervencionista pode restringir a livre iniciativa e obstruir o progresso tecnológico, enquanto se é muito permissiva pode admitir a criação de grupos econômicos tão fortes e poderosos que subjugarão a livre competição.

De todo modo, em tempos de economia digital, a concorrência seguramente deve estar no centro das políticas governamentais para induzir as empresas a produzir e oferecer melhores resultados e serviços aos consumidores, facilitar a entrada de novos concorrentes e aumentar e fortalecer os mercados. Os mercados digitais funcionando bem precisam ser apoiados por políticas fortes pró-concorrência que tragam oportunidades de inovação e se oponham aos mecanismos e condutas que podem levar a uma alta concentração e até mesmo um único vencedor, razão pela qual o *enforcement* concorrencial é extremamente necessário.

Ao redor do mundo, o *enforcement* concorrencial em mercados digitais é uma realidade, por exemplo com publicação de estudos, guias, reformas nas legislações e criação de unidades especializadas dentro das autoridades de concorrência. A preocupação quanto à compatibilidade dos sistemas jurídicos de defesa da concorrência com as práticas e necessidades da economia digital é mundial, de modo que iniciativas e a experiência internacional, como por exemplo o Digital Markets Act

(DMA) da União Europeia, podem e devem ser avaliados e ajustados para a realidade de cada país, inclusive a brasileira.

Fato é que em todas as jurisdições a ascensão das plataformas digitais e a relevância que elas têm na estrutura dos mercados trouxeram um significado que vai além de meras 'facilitadoras' ou 'intermediárias', demandando maior rigor das autoridades concorrenciais, seja com a instauração de processos de conduta anticoncorrencial para investigar supostos abusos, seja com um maior rigor para analisar atos de concentração econômica envolvendo *big techs*. Conforme a terminologia adotada no DMA as super plataformas digitais são “gatekeepers” ou “guardiães de acesso”, uma verdadeira estrutura essencial que as leva a serem compreendidas até como serviços de utilidade pública.

Independentemente da jurisdição, União Europeia, Estados Unidos ou China, por exemplo, o *enforcement* concorrencial é uma realidade, ainda que por razões distintas, mas com algo em comum, a preocupação dos Estados com a concentração do poder econômico. Fato é, que os mercados digitais devem ser compreendidos como um meio – ou realidade - a integrar a sociedade e reduzir desigualdades, promovendo o crescimento econômico e uma prosperidade compartilhada. Porém, isso demanda uma política de concorrência, além apenas do *enforcement* concorrencial, que também é essencial e parte deste todo.

Cada país tem as suas características, realidades e necessidades, de modo que “*one size does not fit all*”, e assim o *enforcement* concorrencial, apoiado em políticas de concorrência, deve ser pensado a partir das melhores práticas internacionais, mas desenhado de acordo com as necessidades, realidades e especificidades de cada jurisdição.

VINÍCIUS CARVALHO

Qual foi o caso mais marcante que o Sr. analisou durante sua passagem pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”)? Por quê?

Lidei com muitos casos durante meus 8 anos no Cade – e também, nesse período de 8 anos, na SDE – em que tive participação tanto em negociação de acordos quanto em julgamentos em que eu não era relator. Até porque fiquei 5 anos sem relatar casos – 1 ano como Secretário de Direito Econômico e 4 anos como Presidente do Cade.

Um caso que me marcou muito foi o primeiro ato de concentração mais complexo com que eu lidei como relator, o caso BR-Ipiranga, em que eu tive de desenhar um remédio razoavelmente complexo na operação. Além desse, o caso Oi-BrT, que herdei da relatoria do Conselheiro Paulo Furquim, no qual também precisei construir remédio que dialogasse com todas as preocupações que os Conselheiros tinham, dialogando também com os próprios remédios que a Anatel havia imposto na operação.

Como Presidente do Cade, o principal desafio foi a herança que recebemos da lei antiga. Havia quase 300 atos de concentração que estavam em instrução na SEAE que nós recebemos e tivemos de incluir nas agendas dos Conselheiros, sendo que eles próprios foram responsáveis pela instrução de vários desses casos. Foi um momento muito importante, em que tivemos que nos envolver em vários casos ordinários, vários deles complexos e tudo ao mesmo tempo com a implantação da nova lei. Cada Conselheiro tinha, ao mesmo tempo, de 5 a 10 casos importantes. Lidar com todos eles simultaneamente não era uma tarefa fácil. Além desses casos herdados da lei antiga, cada gabinete tinha seus 80 processos.

Conseguimos na metade de 2012 e 2013 praticamente acabar com todo esse estoque, foi uma tarefa institucional razoavelmente difícil e que levamos a cabo em conjunto.

Antes de atuar no setor privado, o Sr. teve grande engajamento político e dentro do governo. Como foi essa tomada de decisão e os principais desafios que têm enfrentado? Qual sua sugestão de aprimoramento do exercício de cargos dentro do CADE?

Meu período no Governo Federal coincidiu com minha aprovação no concurso de Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental. Por todo o período em que trabalhei no Governo Federal, eu era servidor concursado.

Meu engajamento político se deu principalmente para a aprovação do projeto de lei que redundou na nova lei de defesa da concorrência, até porque ele era extremamente necessário, diria até imprescindível para aprovação do projeto. Isso ocorreu a partir do segundo semestre de 2010, época em que eu já era Conselheiro do Cade. Recebi dos demais Conselheiros do Cade a tarefa de me responsabilizar pela aprovação do projeto de lei, que estava no Senado. Havia muitas emendas, grande parte delas completamente inadequadas.

Quando eu saí do Cade em 2016, quando meu mandato acabou, tinha que tomar uma decisão. Desde 2013, eu era professor da USP. Minha volta para São Paulo já estava decidida, a questão era o que eu iria fazer na minha vida profissional além de ser professor da USP. Decidi abrir um escritório. Achei, na época, que era uma decisão super arriscada, que seria mais fácil eu me incorporar a um escritório já existente, mas resolvi abrir o meu próprio e não me arrependo nem um pouco de ter feito isso. Claro que vários desafios foram enfrentados desde então, porque se estabelecer como escritório em uma área muito competitiva, em que tem muita gente com qualidade técnica e profissional atuando, não é fácil. Mas acho que consegui construir com minhas sócias e toda a equipe um escritório hoje reconhecido como de alto grau de qualidade na prestação dos serviços jurídicos que ele se propõe a fazer.

Em termos de aprimoramento do exercício dos cargos no Cade, acredito que tem um ponto super relevante que é o processo de escolha

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

dos Conselheiros. Não é uma decisão fácil escolher um Conselheiro ou qualquer outra autoridade do Cade. Acho importante que a decisão de escolha das autoridades seja uma construção que alcance um equilíbrio entre a qualidade técnica exigida – até pela lei – e uma qualidade difícil de mensurar, mas essencial para um julgador, o bom senso. Trata-se de elemento essencial para construção de decisões coletivas, dialogar com pares, reconhecer pontos de fragilidade de seu conhecimento técnico e buscar formas de aprimoramento. Reconheço que se trata de capacidades difíceis de se avaliar antes de a pessoa efetivamente exercer o cargo, mas deveria sempre nortear os processos de escolha.

O Sr. acompanhou de perto o processo que culminou na edição e sanção da Lei 12.529/2011. Na sua opinião, quais foram os maiores desafios enfrentados no processo? O que ainda deveria ser aperfeiçoado após esses 10 anos de vigência?

Como mencionei na resposta à pergunta anterior, não participei apenas do acompanhamento, tive um engajamento intenso para a aprovação do projeto de lei que daria origem à Lei 12.529/2011, especialmente a partir de 2010. Engajei-me politicamente no processo de negociar com os vários atores que tinham interesse no projeto de lei, inclusive os Senadores. No final de 2010, conseguimos aprovar o projeto de lei no Senado. Depois, me tornei Secretário de Direito Econômico e continuei engajado na tarefa. Em setembro de 2011, conseguimos finalmente aprovar o projeto de lei na Câmara dos Deputados.

Lidar com o estoque da lei antiga foi um desafio que hoje as pessoas nem lembram direito, mas na época foi muito difícil. Foi um desafio criar um ambiente institucional em que as pessoas de diferentes órgãos – da SDE, da SEAE e do próprio Cade – pudessem interagir e construir uma cultura institucional a partir “do zero”, uma cultura institucional que também pudesse obviamente absorver os elementos de órgãos anteriores. Ter a disposição para construir uma nova cultura sempre é um desafio, tem algumas coisas que precisamos “desaprender” para aprender novamente.

Montar a estrutura de notificação prévia dos atos de concentração, num contexto de enorme ansiedade dos escritórios de advocacia, do setor privado e dos próprios técnicos do Cade, também foi um desafio muito relevante. Construir esse ambiente exigia muita serenidade das pessoas. O acolhimento dos Conselheiros na época em relação às propostas que nós construímos – bem como a contribuição deles – foi muito relevante para construção do novo Cade. Na época, todo mundo trabalhava muito. Ficávamos em média 12 horas por dia no Cade trabalhando na construção do novo Sistema brasileiro de Defesa da Concorrência. Acho que foi muito cativante e enriquecedor esse processo como um todo.

Coordenar as equipes também foi um desafio grande – montamos alguns grupos de trabalho sobre temas específicos nesse processo.

Também foi prazeroso e muito desafiador montar a estrutura normativa que se iniciou e que era necessária para dar conta dos desafios da implementação da lei logo no começo.

Após os 10 anos de vigência da lei, não acho que tenha algum aperfeiçoamento legal imprescindível a ser feito. Não vejo necessidade de alteração legal. O equilíbrio entre o combate a condutas anticompetitivas e análise de atos de concentração é importante. Temos diante de nós questões decorrentes da mudança das políticas de concorrência em outras jurisdições. O grande desafio é ver como e se absorveremos e instrumentalizaremos essas mudanças, dentro de teorias do dano que sejam minimamente consistentes.

Outro desafio é revigorar a política de combate a cartéis. Temos um modelo que se estruturou muito em acordos de leniência, que, em sua maioria, derivaram de cartéis internacionais. Isso tem passado por um processo de refluxo no mundo todo, mas não significa dizer que os cartéis acabaram no Brasil. É importante esse esforço de aperfeiçoamento e reforço da política de combate a cartéis. Tenho visto esse diagnóstico inclusive nas iniciativas recentes do Cade.

10 ANOS DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Em relação às condutas unilaterais, principalmente condutas envolvendo o ambiente digital, precisamos de celeridade. Há grandes processos de inovação no mundo digital, então é necessário que a resposta do Cade seja razoavelmente rápida para as condutas que ele identifique como problemáticas.