[ ] Marcela Fernandes

O CONTROLE DE CONDUTAS NO DIREITO CONCORRENCIAL

Disciplina: Direito Econômico da Concorrência (USP-2022)

Marcela
Fernandes

TÓPICOS DA AULA

1. CONTROLE DE ESTRUTURAS X CONTROLE DE CONDUTAS

2. O CONTROLE DE CONDUTAS NA LEI N° 12.529/2011

3. INTERFACES DO CONTROLE DE CONDUTAS DA LEI N° 12.529/2011

Marcela
Fernandes

4. CONDUTAS EM ESPÉCIE: COORDENADAS

5. CONDUTAS EM ESPÉCIE: UNILATERAIS

1. CONTROLE DE ESTRUTURAS X CONTROLE DE CONDUTAS

MESMO OBJETIVO, TÉCNICAS JURÍDICAS DIFERENTES

Técnicas distintas de que se vale o Estado para intervir sobre o domínio econômico e dar concretude aos mandamentos constitucionais de proteção da livre concorrência (especialmente art. 170, inc. IV e art. 173, § 4°), impedindo que ela seja subvertida por agentes econômicos com poder de mercado

CONTROLE DE ESTRUTURAS

- Controle *preventivo* de alterações estruturais de mercado decorrentes de negócios jurídicos celebrados entre os agentes econômicos (tais como fusões, aquisições, incorporações e associações de empresas)

- Regulamentado atualmente nos *artigos 88 e seguintes da Lei 12.529/11*, Regimento Interno, Resoluções e Guias de Análise do Cade

- Ocorre por meio de um *processo administrativo adjudicativo* que autoriza ou não a realização do negócio jurídico submetido previamente à análise do Cade, a depender do impacto que poderá ter sobre a concorrência

CONTROLE DE CONDUTAS

- Controle *repressivo* de condutas adotadas por agentes econômicos que constituam infrações à ordem econômica previstas em lei
- Regulamentado atualmente nos *artigos 31 e seguintes da Lei 12.529/11*, Regimento Interno, Resoluções e Guias de Análise do Cade
- Ocorre por meio de um *processo administrativo sancionador* que investiga as condutas e aplica sanções aos agentes infratores
- Interface entre com o direito penal e civil

Historicamente, a separação entre controle preventivo de estruturas e repressivo de condutas nem sempre foi tão clara.

Em nossas primeiras legislações de natureza concorrencial, certas fusões e aquisições foram tratadas como figuras ilícitas, por vezes de natureza criminal, sujeitando os envolvidos a penas de até 10 anos de prisão e as pessoas jurídicas à interdição (vide, por exemplo, Decreto-Lei n° 869/1938, Decreto-Lei n° 7.666/1945, Lei n° 1.521/1951, Lei n° 4.137/1962, Lei 8.137/1990 em sua redação original).

2. O CONTROLE DE CONDUTAS NA LEI N° 12.529/2011

Aspectos normativos

RESPONSÁVEIS POR INFRAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA

(Artigos 31 a 34)

- São responsáveis pelas infrações pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal (art. 31)
- A empresa e seus dirigentes ou administradores respondem solidariamente (art. 32)
- As empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, respondem solidariamente quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica (art. 33)
- Prevista desconsideração da personalidade jurídica do responsável (i) quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social; ou (ii) quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (art. 34)

CONDUTAS TIPIFICADAS: INFLUÊNCIAS DO ART. 36

(Artigo 36)

- Mistura influências do Sherman Act (Seções 1 e 2) e, especialmente, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Artigos 101 e 102), mas com “toques brasileiros”
- Diferentemente destas legislações, disciplina em um só dispositivo espécies diferentes de condutas anticompetitivas
- Inova em relação a essas influências trazendo o “aumento arbitrário de lucros” como um ilícito isolado

CONDUTAS TIPIFICADAS: PARTICULARIDADES DO ARTIGO 36

(Artigo 36)

- **Tipicidade aberta:** rol não taxativo de condutas proibidas e indeterminação normativa de conceitos que impossibilita uma indicação apriorística dos exatos comportamentos vedados pela lei

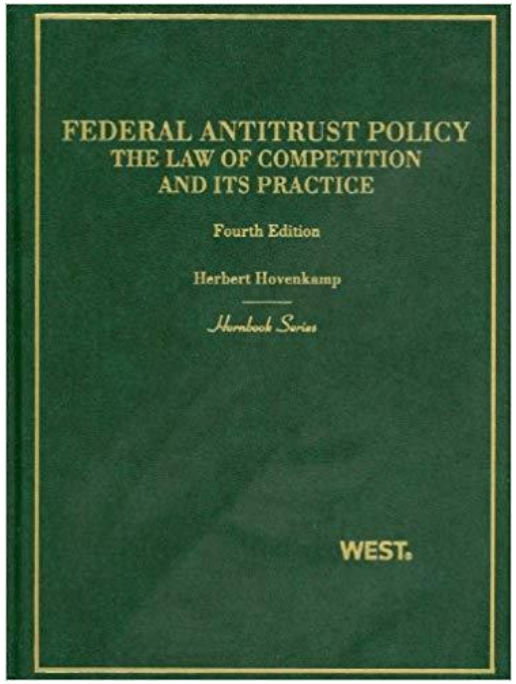
- **Responsabilidade objetiva:** exclui perquirições sobre o dolo ou culpa do agente como condições para a caracterização do ilícito

- **Mera potencialidade lesiva como condição suficiente para a ilicitude:** não há necessidade de que efeitos negativos de restrição à concorrência sejam de fato materializados

- **Caracterização da conduta por seu objeto ou efeito ilícito:** cabível interpretação de que o art. 36 adotou a "regra da razão" e excluiu a possibilidade de ilícitos de análise "*per se*"?

REGRA DA RAZÃO X PER SE

(Artigo 36)



- São regras distintas de decisão e não exatamente duas categorias de ilícitos de naturezas diferentes: determinam o *standard* probatório, o quanto se deve avançar na análise da conduta em investigação
- **Regras extraídas da jurisprudência antitruste norte-americana e não diretamente da Lei**: Suprema Corte discutia se seriam todos os atos de restrição do comércio que estariam proibidos, como decorreria da interpretação literal do *Sherman Act*, ou se deveria haver alguma qualificação
- Regra da razão: Para se chagar à conclusão que a conduta é uma restrição à concorrência proibida, percorre-se uma série de etapas que passam pela análise da conduta em si, do mercado envolvido, das eventuais eficiências geradas e de possíveis alternativas menos restritivas
- Tratamento *per se*: As etapas de análise são reduzidas, pois presume-se, dado um conhecimento empírico prévio, que a investigação levará à conclusão de que há restrição à concorrência. Exemplo: acordos puros de fixação de preços e restrição de oferta (cartel *hard core*)

OU CONDUTA POR OBJETO X CONDUTA POR EFEITO?

(Artigo 36)

- **Dois tipos de conduta ilícita:** (i) conduta por objeto ilícito; (ii) conduta por efeito lesivo ilícito

- **Conduta por objeto ilícito**: sua mera existência a torna ilícita, já que dela nunca decorreriam efeitos positivos concorrenciais. Existe uma presunção de ilegalidade, não sendo necessárias análises sobre o mercado e os efeitos decorrentes da conduta. Exemplos: condutas tendentes à coordenação e uniformização entre concorrentes, tais como cartéis *hard core*, dado que "de seu objeto dificilmente poderia advir algum efeito positivo ou ausência de efeitos negativos a justificar sua existência".

- **Conduta por efeito lesivo ilícito**: sua mera existência não é suficiente para caracterização da ilicitude. É necessário que a análise perpasse etapas relacionadas aos potenciais efeitos, considerando-se, por exemplo, variáveis como eficiências geradas, racionalidade econômica ou justificativa para a conduta, entre outras. Exemplos: abusos de posição dominante e acordos de restrição vertical.

A PROVA NOS ILÍCITOS CONCORRENCIAIS

- **Uso de presunções e provas indiciárias:** o ilícito concorrencial não é possível de ser completamente definido *a priori* e a teoria econômica não é capaz de oferecer certeza e rigor lógico sobre as diferentes práticas empresariais e seus efeitos. Há também a necessidade de redução do custo e complexidade da análise para tornar exequível o controle de condutas.

- **Presunções típicas do direito concorrencial**: posição dominante (exercícios de delimitação de mercado relevante e cálculo de participação de mercado, entre outros); uso da regra *per se, padrão probatório de* paralelismo *plus* etc.

- **Provas indiciárias e circunstanciais**: alegações sobre fatos secundários que formam um raciocínio capaz de conduzir à conclusão da ocorrência da prática, pela verificação do contexto em que normalmente incidiria. Cautela e necessidade de argumentação coerente – a condenação com base em conjunto probatório indiciário exige presunção forte

SANÇÕES: PESSOAS JURÍDICAS

(Artigos 37 e 38)

- **Empresa**: multa de 0,1% a 20% do faturamento no último exercício anterior à instauração do processo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração (Resolução Cade n° 3), a qual nunca será inferior à vantagem auferida

- **Associação e outras PJs**: multa entre 50 mil e 2 bilhões de reais

- **Em ambos os casos**: outras medidas, tais como publicação do edital em jornal de grande circulação, proibição de contratar com instituições financeiras ou participar de licitações, recomendações para licença compulsória ou para que as infratoras não sejam beneficiadas com parcelamento de tributos ou incentivos fiscais ou subsídios públicos, cisões de ativos, etc.

SANÇÕES: PESSOAS FÍSICAS

(Artigos 37 e 38)

- **Administrador**: multa de 1% a 20% daquela aplicada à empresa
- **Demais envolvidos**: entre 50 mil e 2 bilhões de reais
- **Em ambos os casos**: outras medidas, tais como a proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica

SANÇÕES: DOSIMETRIA

(Artigo 45)

- Gravidade da infração
- Boa-fé do infrator
- Vantagem auferida ou pretendida pelo infrator
- Consumação ou não da infração
- Grau de lesão ou perigo de lesão à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros
- Efeitos econômicos negativos produzidos no mercado
- Situação econômica do infrator
- Reincidência

3. INTERFACES DO CONTROLE DE CONDUTAS DA LEI N° 12.529/2011

Repressão penal e reparação civil de danos por infrações contra a ordem econômica
Pluri-incidência normativa de âmbito administrativo
Relação com outros ilícitos

DIREITO PENAL E CIVIL

- **Repressão penal**: persecução a cartéis pelas Leis n° 8.137/1990 (art. 4°) e 8.666/1993 (art. 90)

- *Enforcement privado*: ajuizamento de ações civis de reparação de danos (art. 47 da Lei n° 12.529/2011, artigos 186 e 927 do CC, e Lei n° 7.347/1985 – ACP)

  - PL 11.275/2018

ANTICORRUPÇÃO

- **Repressão penal**: persecução a cartéis pela Lei n. 8.666/1993 (art. 90)

- **Nova tipificação de ilícito administrativo de conluio em licitações públicas na Lei Anticorrupção (art. 5°, inc. IV, alínea a, da Lei n° 12.846/2013)**: *bis in idem*?

- **Proximidade do cartel em compras públicas com ilícitos de corrupção, improbidade administrativa (Lei n° 8429/1992) e dano ao erário (Lei n° 8.443/1992):** multiplicidade institucional, discussões de *bis in idem*, desproporcionalidade de sanções e possibilidade de decisões contraditórias

REGULAÇÃO

- **Objetivos complementares, porém risco de decisões contraditórias**: regulador propõe regras que são (total ou parcialmente) contraditórias à legislação e orientações dos órgãos concorrenciais ou vice versa
  - Regulador obriga conduta proibida pela legislação concorrencial
  - Regulador autoriza conduta proibida pela legislação concorrencial
  - CADE obriga conduta coibida pelo Regulador
- **Exemplos:**
  - Regulador determinando que companhias de ônibus interestaduais organizem a malha (horários e frequências) e/ou sigam tabela de preços previamente ajustados (Vide PA 08012.002605/1997-52)
- **Isenções e imunidades:** Não há isenção geral à lei, mas aceita-se a existência de imunidades pontuais quando a regulação visa substituir a livre concorrência, observando-se critérios contidos nos testes da *State Act Doctrine* e *Pervasive Act Doctrine*
- **Hipóteses de extinção de punibilidade ou de redução de culpabilidade (atenuante de pena):** quando o propósito da regulação não é suprimir a livre concorrência e existe espaço para atuação autônoma do agente econômico, mas o regulador dá aval ao comportamento anticompetitivo

4. CONDUTAS EM ESPÉCIE: COORDENADAS

CARTÉIS TÁCITOS E EXPRESSOS

CARTÉIS

Economia dos cartéis

- **Acordo entre competidores** visando restringir a concorrência entre eles por meio do controle coordenado de certas variáveis competitivas chaves, tais como preço, volume de produção, área de atuação, carteira de clientes etc.
- **Efeitos:** levam os mercados a equilíbrios próximos aos de monopólio
  - Do ponto de vista **estático**, aumentam preços, transferem excedentes do consumidor para o produtor e geram ineficiências ao longo de toda a cadeia produtiva
  - Do ponto de vista **dinâmico**, reduzem ritmo de inovações
  - Sobrepreço ao consumidor é o efeito geralmente enfatizado. OECD estima que, em média, esse sobrepreço é da ordem de pelo menos 10%, podendo ser bem maior
- **Cartéis como instrumento de política econômica:** proteção de indústria nascente, exportações e enfrentamento de momentos de crise

CARTÉIS

Acordos expressos vs. acordos tácitos

- **Acordos expressos:** há acordo explícito de fixação de preços ou outras variáveis competitivas, não necessariamente escrito

  - Dificuldade de detecção e comprovação
  - Dificilmente haverá a prova do acordo em si, com indícios formando o material probatório como um quebra-cabeças: evidências pontuais do acordo; evidências de comunicação entre concorrentes, evidências de planilhas com divisões de mercado etc
  - Importância de instrumentos como leniência, busca e apreensão e TCC

- **Paralelismo consciente:** comportamento paralelo em mercados oligopolizados com altas barreiras à entrada. Divergência sobre a ilegalidade, em razão de poder se tratar de comportamento racional do agente que, ciente da interdependência de seu comportamento com o dos demais competidores, não tem incentivos para baixar o preço e acabar entrando em uma guerra de preços prejudicial a todos.

  - *Price leadership* – Quando todos seguem o preço do líder – pode ser abuso de posição dominante, especialmente quando presente coerção
  - Cartel tácito e padrão probatório *plus fator* - coincidência de preços somada a outros fatores circunstanciais que não têm outra explicação plausível a não ser a existência do cartel. Uso das chamadas práticas facilitadoras, como trocas de informações etc. (vide PA 08000.015337/1997-48, 08012.001273/2010-24, 08012.009885/2009-21)

CARTÉIS

Clássicos vs. difusos

- **Cartéis clássicos:** acordo entre concorrentes para fixação de preços, quotas de produção, divisão de mercado, participação em licitações etc. em que há:
  - Perenidade
  - Mecanismos de institucionalização e estabilização (ex: monitoramento e punição de desvios)
  - Conduta por objeto
  - Cartel hard core
- **Cartéis difusos:** episódico, formado apenas para um evento específico
  - Costuma ser entendido como conduta pelo efeito
- **Cartel das britas:** PA 08012.002127/2002-14 (precedente que diferencia os dois tipos)

CARTÉIS

Cartéis em licitações públicas ou *bid rigging*

- Cartéis em compras públicas mediante:
  - Propostas fictícias ou de cobertura
  - Supressão de propostas
  - Propostas rotativas ou rodízio;
  - Divisão de mercado etc

- **Cartel do Metrô:** PA 08700.004617/2013-41

CARTÉIS

Cartéis internacionais

- Jurisdição extraterritorial e teoria dos efeitos
  - Art. 2° da Lei 12.529/2011
  - Não interessa apenas o local onde ocorreu o fato ou onde estão localizados seus autores, mas também onde seus efeitos foram produzidos (Cartel das Vitaminas: PA 08012.004599/1999-18)
- Há que se provar a conduta e que há potencialidade de efeitos no território nacional
  - Não se confunde com prova de efeitos/danos
  - Apenas demonstração de que o Brasil foi ou poderia ter sido atingido pela conduta
  - Não é toda e qualquer potencialidade de efeito cogitada em tese: há que ter alguma substancialidade ou materialidade (Caso dos Plásticos ABS: PA 08012.000774/2011-74)

Art. 2º Aplica-se esta Lei, sem prejuízo de convenções e tratados de que seja signatário o Brasil, às práticas cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.

§ 1º Reputa-se domiciliada no território nacional a empresa estrangeira que opere ou tenha no Brasil filial, agência, sucursal, escritório, estabelecimento, agente ou representante.

§ 2º A empresa estrangeira será notificada e intimada de todos os atos processuais previstos nesta Lei, independentemente de procuração ou de disposição contratual ou estatutária, na pessoa do agente ou representante ou pessoa responsável por sua filial, agência, sucursal, estabelecimento ou escritório instalado no Brasil.

INFLUÊNCIA À CONDUTA COMERCIAL UNIFORME

Sindicatos, associações, tabelas, práticas facilitadoras etc

- Não há necessariamente um acordo entre concorrentes, mas um terceiro agente influenciando um sugerindo a adoção de conduta comercial uniforme em determinado mercado
  - Terceiros: geralmente sindicatos e associações
  - Meio: geralmente tabelas de preços ou viabilização de trocas de informação
- Se não houver acordo entre concorrentes, somente esse terceiro agente é punido, porém muitas vezes a prática está associada a acordos expressos ou tácitos (conferir também discussão de cartéis hub and spoke)
- Tem sido analisada como conduta por objeto (PA 08012.006923/2002-18)

5. CONDUTAS EM ESPÉCIE: UNILATERAIS

Abuso de posição dominante e acordos com restrições verticais à concorrência

ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

- **Posição dominante:** Pelo art. 36, § 2°, da Lei 12.529/2011, pressupõe-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% ou mais do mercado relevante.

- Esse percentual pode ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia

- A presunção é relativa (iures tantum): admite prova em contrário

- A posição dominante não deriva propriamente da parcela de mercado de que a empresa é titular, mas do poder econômico que detém e que lhe permite **independência** e **indiferença** em relação ao comportamento dos outros agentes.

ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE (CONT.)

- **Alguns indicativos exemplificativos de existência de posição dominante**:

✓ participação de mercado elevada;
✓ ausência de concorrência potencial e barreiras à entrada de novos competidores (mercados não contestáveis);
✓ dependência dos consumidores e /ou fornecedores (baixa elasticidade, bens diferenciados, baixa substitutibilidade etc);
✓ potência econômica da empresa (força do grupo, conglomerados, capacidade de financiamento, capacidade ociosa etc);
✓ estrutura avançada da empresa, com alto grau de integração vertical;
✓ domínio de tecnologia que outras empresas não tenham acesso;
✓ grau de crescimento do setor (expansão do mercado enfraqueceria o poder econômico);
✓ vantagem de primeira jogada (estabelecimento de padrões) e existência de consumidores cativos (resistência à mudança) – traduzem aumento de barreiras à entrada;
✓ domínio dos canais de distribuição.

ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE (CONT.)

- **Abuso de posição dominante:** Conforme art. 36, § 1°, da Lei 12.529/2011, não se pune a posição dominante em si, mas apenas seu abuso. A posição dominante resultante do processo natural fundando na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza ilícito.

- Grande dificuldade é delimitar o que separa o uso do abuso. Análise geralmente ocorre por meio da chamada "regra da razão", com identificação da racionalidade da conduta e suas justificativas, bem como a ponderação de eventuais eficiências com os efeitos negativos

- Exemplos de condutas típicas de abuso de posição dominante:

  - ✓ Preço predatório;
  - ✓ *Price squeeze*;
  - ✓ Recusa de contratar / preço abusivo
  - ✓ Recusa de compartilhamento de infraestruturas essenciais
  - ✓ Venda casada

ACORDOS COM RESTRIÇÕES VERTICAIS

- **Acordos verticais**: acordos entre agentes que atuam em estágios diversos da mesma cadeia de produção ou comercialização, tais como contratos de distribuição e contratos de fornecimento, que prejudicam outros competidores.

- Exemplos de condutas típicas de acordos com restrição vertical à concorrência:
  - ✓ Imposição e sugestão de preço de revenda (fixação de preços máximos e mínimos);
  - ✓ Acordos de exclusividade com fornecedores ou distribuidores
  - ✓ Acordos de divisão territorial de distribuidores
  - ✓ Descontos de fidelidade, metas, bonificações e outros incentivos aos distribuidores (descontos condicionados)

ACORDOS COM RESTRIÇÕES VERTICAIS (CONT.)

- **Possíveis efeitos anticompetitivos**:

  (i) fechamento de mercado aos concorrentes (impedimento de acesso a canais de escoamento da produção);

  (ii) aumento dos custos dos concorrentes (aumento de barreiras à entrada para instalar rede alternativa de escoamento);

  (iii) facilitação de cartéis entre produtores (diminuem o poder dos compradores de forçar os fabricantes a concorrerem entre si);

  (iv) facilitação de cartéis entre distribuidores (pelo arrefecimento da concorrência entre eles);

  (v) diminuição das opções do consumidor (diminuição do grau de concorrência no ponto de venda); exploração de falhas de informação dos consumidores;

  (vi) aumento dos preços aos consumidores, entre outros

ACORDOS COM RESTRIÇÕES VERTICAIS (CONT.)

- **Discussão relevante é a avaliação de restrição de concorrência intra-marca X impulso à concorrência inter-marcas:**
  - necessidade de avaliação caso a caso, com utilização da "regra da razão" e ponderação de efeitos negativos e eventuais eficiências
- **Possíveis efeitos pró-competitivos**:

(i) implicam redução de custos na distribuição (economia de custos de transação), viabilizando economias de escala;

(ii) facilitam a entrada de novos agentes econômicos no mercado de distribuição, pois permitem retorno do investimento efetuado;

(iii) impedem a atuação de *free riders*;

(iv) evitam a concentração de distribuidores, de forma a não permitir que aqueles mais agressivos acabem por incorporar outros;

(v) permitem a preservação a imagem do produto;

(vi) eliminam a dupla marginalização, isto é, a elevação de preços quando ambos, fornecedor e distribuidores, conseguem impor preços de monopólio aos adquirentes, entre outros

OBRIGADA!

Marcela
Fernandes

Marcela
Fernandes

marcelafernandes@usp.br
marcelafernandes@hotmail.com