

O TRIPLA

ANTITRUSTE

— **A**DMINISTRATIVO

— **A**NTICORRUPÇÃO



Iniciamos esta segunda edição de nosso informativo bimestral buscando explicações para a queda muito expressiva no número de acordos de leniência assinados pelo CADE nos últimos três anos. Na sequência, tratamos da regulamentação dos Termos de Ajustamento de Conduta pela ANTAQ, em mais um passo na busca de soluções negociadas entre Administração Pública e setor privado. Retornamos nosso olhar para o CADE logo depois, em artigo discutindo as recentes investigações do CADE sobre iniciativas das “big techs” referentes ao chamado “Projeto de Lei das Fake News”.

Na sequência, abordamos os limites para Estados e Municípios regulamentarem temas da Nova Lei de Licitações, logo antes de debatermos os sinais enviados pelo Governo Federal de que as PPPs serão o mecanismo preferencial para viabilização de parcerias com a iniciativa privada em infraestrutura. Por fim, falamos sobre as recentes medidas anunciadas pela CGU para incentivar a adoção e desenvolvimento dos programas de integridade no setor público.

Como sempre, reconhecemos que “tempo” é um elemento escasso, e por isso preparamos textos curtos, privilegiando uma análise crítica e focada nos interesses de nosso(a)s clientes.

Esperamos que este informativo proporcione boas reflexões.

Equipe de Direito Antitruste, Administrativo e Anticorrupção.

VOCÊ VAI ENCONTRAR NESTA EDIÇÃO

O que ocorreu com a leniência antitruste no Brasil?	03
A regulamentação de TACs junto à ANTAQ	04
Fake News, Abuso de Posição Dominante e a Lei Antitruste	05
Qual é o limite regulamentar de Estados e Municípios frente à Nova Lei de Licitações?	06
Parcerias entre Administração Pública e Iniciativa Privada: o possível papel central das PPPs no “Novo PAC” do Governo Federal	07
A CGU e os programas de integridade no setor público	08

EXPEDIENTE DESTA EDIÇÃO



André Gilberto



Natali Santos



Renato Vianna



Thais Ribeiro



Lia Segre



Raphael Pires



Sarah Carneiro

Reconhecimentos recentes

Chambers & Partners Brazil	The Legal 500 Latin America	Latin Lawyer 250
Euromoney Expert Guide	Análise Advocacia Brasil	Best Lawyers Brazil

O QUE OCORREU COM A LENIÊNCIA ANTITRUSTE NO BRASIL?

Recentemente, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) informou ter celebrado o seu 109º acordo de leniência, apenas o segundo acordo de 2023, no contexto de investigação de cartel em licitações, públicas e privadas, para contratação de serviços de impressões gráficas, nos segmentos de impressos de segurança e formulários.

É um número que chama bastante atenção, mas que se insere em uma tendência preocupante verificada nos últimos anos.

Desde que introduzidos no Brasil em 2000, com a promulgação da Lei nº 10.149/2000 (que alterou a Lei nº 8.884/1994 – a antiga Lei do CADE, revogada pela atual Lei nº 12.529/2011), os acordos de leniência têm se mostrado uma ferramenta importante no combate às práticas antitruste, permitindo que empresas envolvidas em cartéis ou outras condutas anticompetitivas possam se beneficiar da extinção da ação punitiva do Estado ou reduções significativas de multas e penalidades em troca de colaboração com as autoridades na identificação de práticas ilícitas e respectivas pessoas físicas e jurídicas envolvidas.

Desde então, esses acordos têm sido uma ferramenta crucial para a investigação e punição de práticas anticompetitivas no país. Especialmente entre 2010 e 2019, houve um aumento significativo no número de acordos celebrados, principalmente devido ao fortalecimento das instituições envolvidas na aplicação da legislação antitruste, ao aumento da conscientização sobre os benefícios da colaboração e (a partir de 2015) à deflagração de dezenas de investigações relacionadas à Operação Lava-Jato.

Entretanto, houve uma redução expressiva no número de acordos de leniência celebrados em 2020 e 2021 (05 e 02 acordos, respectivamente, diante dos 21 assinados em 2017). Mesmo em 2018, 06 acordos foram celebrados, o que possivelmente afasta a pandemia do COVID-19 como explicação para a queda e sugere que, apesar dos esforços do CADE em continuamente aprimorar o programa, há uma tendência de queda no número de acordos.

A queda não parece restringir-se ao Brasil. Recentemente, a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) publicou o “OECD Competition Trends 2023”, um relatório com informações sobre as principais tendências mundiais do Direito Antitruste, produzido a partir de dados de 79 países membros e não membros da OCDE. Segundo esse relatório, os pedidos de leniência caíram 64% de 2015 a 2020. Consequência imediata dessa queda foi uma diminuição de 38% de investigações iniciadas “ex-officio” nesse período.

Há diversas explicações possíveis para a queda muito expressiva no número de acordos de leniência no CADE.

O que explica uma redução tão drástica no número de acordos de leniência?

Podemos especular sobre algumas dessas razões. Uma, mais evidente, seria o aprimoramento dos programas de integridade corporativa como potencial redutor de violações antitruste. Além disso, existem os conhecidos desafios em coordenar negociações de leniência em diferentes “balcões” (CADE, Ministério Público, Controladoria Geral da União, etc.). Mesmo as ações privadas de indenização, incentivadas pela recente Lei nº 14.470/2022, podem ter reduzido os incentivos para empresas considerarem assinar leniências antitruste.

No mais, não se pode descartar outros fatores que impactam os incentivos à celebração de leniências, como:

- (a) complexidade das negociações e duração dos processos antitruste,
- (b) danos reputacionais e efeitos no relacionamento entre proponente e mercado,
- (c) consequências para pessoas físicas signatárias, e (d) modernização dos padrões de comunicação reduzindo o “rastros” de evidências passíveis de serem coletadas por empresas interessadas na celebração do acordo.

Por fim, destacamos o arquivamento recente, pelo CADE, de algumas investigações iniciadas a partir da assinatura de acordos de leniência, como no caso do Processo Administrativo nº 08700.010323/2012-78, arquivado em março deste ano, em face da empresa Denso, única não Signatária de Acordo de Leniência ou Compromissária de Termo de Cessação de Conduta, por insuficiência de provas para condenação. Não é difícil imaginar o desconforto de grupos empresariais que se ‘autodenunciaram’ perante o CADE, colaborando com as autoridades ao longo de investigações que duraram anos e se expondo perante o mercado, para ao final dos processos se depararem com decisões arquivando as investigações, por motivos diversos.

Todos esses pontos, acreditamos, merecem reflexões por parte do CADE e de empresas considerando procurar o órgão antitruste para celebrar acordos de leniência.

A REGULAMENTAÇÃO DE TACs JUNTO À ANTAQ

Em janeiro deste ano, entrou em vigor a Resolução ANTAQ nº 92/2022 (“Resolução”), que regulamenta a celebração de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) no âmbito da Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), em substituição ao Capítulo V da Resolução ANTAQ nº 3.259/2014. A Resolução não apenas delinea e aprofunda a regulamentação do TAC, trazendo até um modelo de termo, mas introduz inovações importantes, como previsão de arquivamento de eventual processo sancionador a partir da mera celebração do TAC.

O TAC previsto na Resolução é uma medida excepcional e alternativa ao Processo Administrativo Sancionador e à adoção de medida administrativa cautelar, que objetiva adequar, reparar ou compensar conduta considerada irregular, tendo eficácia de título executivo extrajudicial. Sua celebração é uma opção para a ANTAQ, ou seja, não existe um direito subjetivo do particular ao TAC, embora esse possa propor a sua celebração.

A depender da situação, os TACs podem representar uma solução interessante às empresas que possuem litígios administrativos com a Antaq.

A Resolução certamente faz parte de um movimento geral pró consensualidade no relacionamento entre Estado e particulares. Se esse movimento não chega a ser uma novidade, considerando a previsão de TAC na Lei de Ação Civil Pública e outros diplomas setoriais, vem sendo positivado com mais vigor nos últimos anos, conforme exemplos da Lei da Mediação, da alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, da Nova Lei de Licitações e até mesmo do Tribunal de Contas da União com a instrução normativa nº

91/2022, que permite ao TCU realizar procedimentos de solução consensual de controvérsias.

A razão da popularidade de ajustes alternativos a processos sancionadores, em uma visão pragmática, é também explicada pela baixa efetividade dos processos sancionadores tradicionais. Por ser uma alternativa à sanção,

não importar confissão nem reconhecimento de ilicitude da conduta em apuração, pode ser uma ferramenta interessante ao particular, que participa da elaboração do TAC ao se manifestar sobre a minuta, podendo também recusá-la. A avaliação da vantagem da celebração do TAC pelo particular deve levar em consideração (i) as obrigações, que devem ser proporcionais à conduta a ser cessada, (ii) a vantagem em comparação ao mero cumprimento de eventual sanção, ou ainda (iii) a possibilidade efetiva de cumprimento, tendo em mente que a multa por descumprimento do TAC corresponde ao máximo previsto em norma para o tipo infracional que seria aplicável, ou duas vezes esse valor.

Desde o início da vigência da Resolução, a celebração de acordos ainda nos parece tímida e de interesse mais da própria ANTAQ do que de particulares, considerando os poucos exemplos de TACs já aprovados pela Diretoria da ANTAQ. Em levantamento jurisprudencial não exaustivo, localizamos dois TACs fundamentados na Resolução, celebrados (1) com a Companhia das Docas do Estado da Bahia e (2) com a Empresa Brasileira de Navegação Superpesa Cia de Transportes Especiais e Intermodais (Em Recuperação Judicial).

Os TACs podem ser benéficos aos administrados e fiscalizados pela ANTAQ caso seus termos sejam bem desenhados e proporcionais. Nesse sentido, é positivo que todos os administrados sujeitos à fiscalização e sancionamento pela ANTAQ tomem conhecimento dessa ferramenta para que haja mais propostas de ajustes alternativos ao sancionamento que privilegiem a consensualidade. Caso, no entanto, a ferramenta não seja atrativa, cabe análise da Resolução pela ANTAQ e pela sociedade para futuros ajustes em busca de uma ferramenta adequada à realidade do mercado.

FAKE NEWS, ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE E A LEI ANTITRUSTE

No mês de maio, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) instaurou procedimentos preparatórios contra Google, Meta e Facebook para apurar possível exercício de abuso de posição dominante em iniciativas diversas das mesmas referentes ao Projeto de Lei nº 2.630/2020, conhecido como “PL das Fake News”.

O objetivo do PL é criar regras sobre a moderação de conteúdo nas mídias sociais, não se tratando de uma regulamentação econômica das plataformas digitais, como proposto pelo Projeto de Lei nº 2768/2022.

Com o processo de aceleração da tramitação do PL no Legislativo, no dia 1^a de maio, a Google incluiu link em sua página inicial com teor político contrário ao PL das Fake News (“O PL das fake news pode aumentar a confusão sobre o que é verdade ou mentira no Brasil”). A medida foi criticada em setores da mídia, em especial pelo relatório feito pelo NetLab, da Universidade Federal do Rio de Janeiro, que acusa a Google de manipular os resultados da busca sobre o tema, privilegiando conteúdos contrários à aprovação do PL da Fake News, além de ter publicado alerta no YouTube sobre o “impacto negativo” para os criadores de conteúdo.

É no mínimo questionável a competência do CADE para investigar iniciativas das “big techs” contrárias ao “PL das Fake News”.

Diante desses fatos, o CADE iniciou investigações preliminares contra Google, Meta e Facebook para averiguar a legalidade, do ponto de vista concorrencial, dos redirecionamentos feitos pelas plataformas dessas empresas a campanhas contra o projeto de lei. Os casos estão em fase inicial de apuração.

Mesmo nesse estágio preliminar, cabe discutir a incidência da lei antitruste (e, conseqüentemente, a competência do CADE) sobre o tema. Isso porque a Lei Antitruste Brasileira tem como objetivo proteger a concorrência nos mercados. Nesse contexto, o abuso de posição dominante consiste na tentativa de exclusão de concorrentes (ou outra forma de prejudicar a concorrência) por um agente que detém participação de mercado elevada o suficiente para alterar unilateralmente o ambiente concorrencial do mercado. Em uma análise superficial sobre o tema, ainda não está claro em que medida o redirecionamento mencionado acima prejudicaria a concorrência, mas “somente” fomentaria uma discussão política sobre o PL das Fake News.

De todo modo, a preocupação do CADE em averiguar possíveis impactos concorrenciais de temas relevantes no ambiente político não é uma novidade. A esse respeito, mencionam-se os Procedimentos Preparatórios nº 08700.001354/2020-48 e 08700.007900/2022-16, instaurados, respectivamente, para avaliar os efeitos do aumento de preços de produtos de tratamento de sintomas da COVID-19 e apurar de possível colusão entre institutos de pesquisa. Apesar de a instauração de tais procedimentos ter gerado repercussão na mídia na época dos fatos apurados, as investigações não foram concluídas até o momento.

QUAL É O LIMITE REGULAMENTAR DE ESTADOS E MUNICÍPIOS FRENTE À NOVA LEI DE LICITAÇÕES?

Diversos Estados e Municípios estão em uma “corrida contra o tempo” para regulamentarem a aplicação da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (a Lei nº 14.133/2021 – “NLL”) em seus respectivos âmbitos federativos; em março deste ano, por exemplo Paraná e Piauí editaram os respectivos regulamentos. A NLL é conhecida por ser “maximalista”, visto que conta com 194 artigos, 22 princípios e é extremamente detalhista em procedimentos e exigências. Essa característica reacende o debate sobre o significado prático de uma lei “geral” de licitações e contratos, e traz desafios para Estados e Municípios editarem normas complementares.

Para responder à pergunta trazida no título, partimos da Constituição Federal e da fixação de competências legislativas lá definida. Dentre elas, o art. 22, inciso XXVII determina que compete unicamente à União legislar sobre normas gerais de licitações e contratações. Dito isto, é possível entender que se a norma editada pela União é geral, as especificidades competem aos entes que lhe aplicam, sem que eles deixem de observar os limites fixados pela Lei Geral.

Sobre o tema, sobreveio recente julgamento do Supremo Tribunal Federal em que se reafirmou a extensão do conceito de normas gerais de licitação e a eficácia restritiva das escolhas do legislador nacional.

O Supremo Tribunal Federal (“STF”) conheceu da Arguição de Preceito Fundamental nº 282 (ADPF) para declarar a inconstitucionalidade de lei municipal editada pelo Município de Ariquemes/RO, que permite a celebração de contratos de Parcerias Público-Privadas (PPPs) para a realização de obras públicas, abrangendo infraestrutura urbana, vias públicas, terminais rodoviários municipais, intermunicipais e interestaduais, incluindo aqueles delegados pelo Estado ou pela União. Entretanto, a Lei nº 11.079/2004, que estabelece normas gerais para licitação e contratação de PPPs, veda a expressamente que contratos de PPP tenham como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

Estados e Municípios podem legislar sobre questões específicas da NLL, mas sem inovar sobre as regras gerais trazidas na lei.

No entendimento do STF, a Lei Municipal padeceria de inconstitucionalidade por violar a Lei Geral de Licitações, vez que na prática criava outra modalidade de PPP, a despeito da competência da União já exercida na Lei nº 11.079/2004, de caráter geral.

Nesse precedente, o STF reafirmou o entendimento já externalizado em outras oportunidades de que à União compete legislar sobre normas gerais de licitações, suas modalidades (ADI ADI nº 3.670, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJe 18.5.2007) e principalmente quanto às limitações legais necessárias para sua aplicação (ADI 3735, Relator(a): Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2016, Acórdão Eletrônico DJe-168 Divulg. 31-07-2017 Public. 01-08-2017).

Com base no posicionamento do STF, é possível entender que a norma “geral” é o parâmetro do qual se extrai a sua abrangência subjetiva, isto é: comum a todos os entes da Administração Pública, mas também a sua eficácia objetiva, que representa um limite defensivo do interesse público, sem prejudicar situações peculiares que justificam a não incidência da norma geral. Ou seja, a norma geral é um parâmetro para controle de validade das normas editadas por Estados e Municípios dentro de suas especificidades.

Em síntese: Estados e Municípios podem legislar sobre questões que lhe são específicas e que justifiquem a não aplicação das normas gerais trazidas na NLL. Por outro lado, é questionável o exercício do poder regulamentar que – sem justificar a especificidade – inova quanto à previsão da Lei Geral e com isso coloca em xeque a efetividades dos princípios que devem nortear a aplicação da NLL, precipuamente os da legalidade e da competitividade.

PARCERIAS ENTRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E INICIATIVA PRIVADA: O POSSÍVEL PAPEL CENTRAL DAS PPPs NO “NOVO PAC” DO GOVERNO FEDERAL

Este será o primeiro de uma série de artigos, a serem divulgados nas próximas edições de nosso boletim, sobre a opção sinalizada pelo atual Governo Federal de priorizar as Parcerias Público-Privadas (PPPs) como meio para potencializar investimentos de infraestrutura no Brasil.

Há uma preferência clara do Governo Federal, até o momento, pelo modelo de PPPs para viabilizar investimentos privados em infraestrutura.

Em linhas gerais, as PPPs são acordos estabelecidos entre o setor público e o setor privado, com o objetivo de desenvolver projetos de interesse público. Regidas pela Lei nº 11.073/2004, essas parcerias são baseadas em contratos de longo prazo nos quais ambas as partes (setor público e privado) contribuem com recursos e conhecimentos complementares para alcançar objetivos compartilhados.

Uma das principais características das PPPs é a divisão de responsabilidades e riscos entre o setor público e o setor privado. A Administração geralmente fica responsável pela definição das políticas públicas e pelo fornecimento dos serviços básicos, enquanto o setor privado assume a responsabilidade pela execução dos projetos, financiamento, construção, operação e manutenção. Essa divisão de tarefas permite que cada parte se concentre em suas áreas de expertise, buscando a eficiência na entrega dos serviços públicos.

Dentre as manifestações mais recentes do governo sobre a importância das PPPs para os projetos de infraestrutura do Governo Federal, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva anunciou que em 02.07.2023 será lançado o “Novo PAC”. O futuro programa – que contará com um conselho gestor envolvendo os ministros da Casa Civil, Fazenda,

Planejamento e Gestão e Inovação – a princípio terá sete eixos de investimentos: Transportes, Transição e segurança energética, Infraestrutura urbana, Infraestrutura social, Inclusão digital e conectividade, Água para todos, e Defesa.

O Governo Federal parece apostar nas PPPs como um dos principais meios para viabilizar a implementação dos projetos. É certo que, para além das PPPs, existem outros meios que permitem ao Governo incentivar investimentos privados em infraestrutura. É o caso das concessões comuns, por exemplo, modelo em que os concessionários são remunerados unicamente pelas tarifas pagas pelos usuários do serviço público – enquanto nas PPPs o privado é remunerado por algum tipo de pagamento pelo ente público, somado ou não a tarifas. Reconhecendo a importância desses outros modais, Marcus Cavalcanti, secretário especial do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI), já anunciou que o Governo não abrirá mão das concessões comuns aonde estas forem viáveis.

Ocorre que diversas concessões realizadas nos últimos anos estão enfrentando dificuldades. Por exemplo, as concessionárias responsáveis pela BR-163, no Mato Grosso do Sul, e pela BR-101, no Espírito Santo, protocolaram pedidos de devolução amigável das concessões ao governo. Já o aeroporto de São Gonçalo do Amarante, no Rio Grande do Norte, foi devolvido por sua então concessionária, e está em vias de ser relicitado. Há, ao menos, oito concessões em situações semelhantes.

Talvez por conta das dificuldades enfrentadas com concessões passadas, o Governo Federal esteja anunciando sua atual preferência pelas PPPs. Um exemplo concreto deste movimento foi a publicação do Decreto nº 11.467/2023, que alterou o Marco Legal do Saneamento Básico. Tal decreto tem sido amplamente debatido e sofrido importantes críticas por parte de diversos setores da sociedade. Talvez o único ponto por ele introduzido que não foi duramente criticado seja a retirada do limite de 25% para a participação do setor privado nas PPPs estatais destinadas a saneamento. Com a nova regra, as estatais de saneamento podem subdelegar, por meio de PPPs, o escopo de seus contratos de saneamento. A restrição de 25%, por outro lado, permanece para as demais formas de subdelegação (por exemplo, por contratos de prestação de serviço).

A mudança, portanto, ilustra como o Governo Federal – sem renunciar a outros modos de emparceiramento com a iniciativa privada – pretende utilizar as PPPs para alavancar a captação de investimentos.



A CGU E OS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE NO SETOR PÚBLICO

Conforme artigo na edição inicial de nosso boletim, a nova gestão da Controladoria-Geral da União (CGU) sinalizava sua intenção de fortalecer o viés preventivo/educativo do órgão. Esse sinal foi reforçado com o recente lançamento do “Prisma” – Promoção de Integridade por Mentoria e Assessoramento. O programa objetiva assessorar órgãos e entidades no aprimoramento de suas ações de integridade, promovendo uma cultura ética e de conformidade dentro do setor público.

A participação no Prisma funcionará por adesão, e duas entidades já aderiram ao programa: a Companhia de Desenvolvimento dos Vales de São Francisco e do Parnaíba (Codevasf) e o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE). Segundo informado pela CGU, as duas instituições procuraram a Controladoria no início de suas gestões e manifestaram interesse em aprimorar seus programas de integridade.

A CGU está agindo para que o setor público também “abraçe” os programas de integridade, já conhecidos na iniciativa privada.

Ao estabelecer parcerias com órgãos e entidades públicas, a CGU pretende criar uma rede colaborativa de boas práticas e troca de experiências, na tentativa de fortalecer o ambiente de integridade no País. Uma das principais características desse programa é a personalização das ações de acordo com as necessidades de cada órgão ou entidade; a CGU reconheceu que as realidades e os desafios enfrentados por cada instituição são únicos, e por isso o Programa deve adaptar as soluções propostas para garantir sua efetividade.

O Prisma será dividido em três etapas de trabalho. A primeira envolverá o diagnóstico de cada instituição, envolvendo o mapeamento de estruturas de governança, recurso orçamentários e prioridades estratégicas. Nessa etapa, a CGU avaliará se existem elementos mínimos para o funcionamento adequado das funções de integridade na instituição. Em seguida, ocorrerá a identificação de riscos institucionais à integridade em cada órgão, por meio do mapeamento de dados e informações sobre os eventuais problemas identificados. Por fim, a CGU atuará planejando e estruturando ações para o tratamento dos riscos identificados e, em seguida, acompanhará e apoiará as instituições para a implementação de seus programas de integridade.

O lançamento do Prisma representa um marco importante no fortalecimento da governança no Brasil, privado. Ao envolver órgãos e entidades públicas em um processo estruturado de aprimoramento das ações de integridade, o programa tem o potencial de gerar impactos significativos na prevenção e combate à corrupção. Resta acompanhar se as instituições públicas aderirão ao programa e se as medidas anunciadas pela CGU serão, efetivamente, implementadas, adequando-se às dificuldades de cada instituição. Seguiremos acompanhando com atenção as ações da CGU.

Este boletim tem propósito meramente informativo e não deve ser considerado para fins de se obter aconselhamento jurídico sobre qualquer um dos temas aqui tratados.

Para informações adicionais, contate nossa equipe ou visite nosso site www.cgmlaw.com.br.

CGM Advogados. Todos os direitos reservados.