

O TRIPLA

ANTITRUSTE

| **A**DMINISTRATIVO

| **A**NTICORRUPÇÃO



Um novo ano, e nosso compromisso em manter clientes e colegas informados sobre as atualizações e discussões mais relevantes nos Direitos Antitruste, Administrativo e Anticorrupção permanece. Nos artigos dedicados ao Antitruste na primeira edição de nosso boletim em 2024, analisamos o papel do CADE enquanto possível regulador e fiscalizados dos mercados digitais e do uso da Inteligência Artificial, e o recente relatório divulgado pela Comissão Europeia sobre a indústria farmacêutica e seu possível impacto para as ações do CADE nesse setor.

Nos artigos dedicados ao Direito Administrativo e regulação econômica, discutimos um projeto de lei que estabelece limites ao exercício do “duplo papel” do BACEN Central no mercado de arranjos de pagamento, e os recentes desenvolvimentos na ANATEL quanto ao chamado “telemarketing abusivo”. Já no Direito Anticorrupção, trazemos nossos comentários sobre as últimas decisões e iniciativas do STF sobre os acordos de leniência, e seu impacto para o enfrentamento da corrupção no Brasil.

Por fim, debatemos duas importantes decisões judiciais que podem impactar a atuação do CADE, uma reafirmando o entendimento de que absolvição de empresas e indivíduos nas esferas civil e pena não impedem sua condenação pelo CADE, e a outra estabelecendo um novo precedente relevante para revisão judicial das decisões do CADE.

Esperamos que esta edição proporcione uma ótima leitura!

Equipe de Direito Antitruste, Administrativo e Anticorrupção.

VOCÊ VAI ENCONTRAR NESTA EDIÇÃO

O Projeto de Lei no. 4512/2020 e a dupla função do BACEN no mercado de arranjos de pagamentos.	03
O CADE e a regulação dos mercados digitais e da inteligência artificial.	04
TCU, CGU e Acordos de Leniência: o difícil amadurecimento do sistema de combate à corrupção brasileiro.	05
STJ confirma que a absolvição nas esferas civil e penal não impede a condenação pelo CADE baseada nos mesmos fatos.	06
Indústria farmacêutica e o antitruste: a experiência da Comissão Europeia e seu possível impacto para as iniciativas do CADE.	08
Anatel em 2024: o fim da obrigação de utilização do 0303 à vista?	09
A produção de provas e o contraditório em ações anulatórias em face do CADE.	10

Reconhecimentos recentes

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

EXPEDIENTE DESTA EDIÇÃO



André Gilberto



Renato Vianna



Thais Ribeiro



Lia Segre



Raphael Pires



Sarah Carneiro



Henrique Marino

O PROJETO DE LEI NO. 4512/2020 E A DUPLA FUNÇÃO DO BACEN NO MERCADO DE ARRANJOS DE PAGAMENTOS

Desde a instituição do PIX, o Banco Central (“BACEN”) passou a exercer duas funções concomitantes: i) Regulador/ fiscalizador do mercado de Sistema de Pagamentos Brasileiros “SPB” (art. 9º da Lei 12.865/2013) e ii) Operador do PIX, onde realiza pesquisas de mercado e é principal responsável pela edição das regras ligado a esse arranjo de pagamento (do Regimento Interno do BACEN (“RI-BACEN”).

Essas funções são exercidas pelo Departamento de Competição e de Estrutura do Mercado Financeiro (“DECEM”), conforme prevê o art. 94 do RI- BACEN. Isto é, o mesmo departamento que realiza estudos, propõe políticas e elabora propostas de normas sobre a promoção da competição relacionada aos arranjos de pagamentos (art. 94, inciso I do RI-BACEN) é responsável por gerenciar o arranjo de pagamento específico do PIX (art. 94, inciso IX, alienas “a a h” do RI-BACEN) na autarquia.

O exercício, pelo BACEN, da função simultânea de regulador/ fiscalizador do SPB e operador do PIX, pode levar a conflitos de interesse.

A reunião de duas funções sensíveis em um único órgão, sem a definição de uma sistemática de governança rígida que vede comunicação entre as funções relevantes desempenhadas pelo BACEN, pode resultar em conflitos de interesse. Por exemplo: a reunião de estudo do mercado de arranjo de pagamentos e inovação pode culminar na elaboração de normas que beneficiem o arranjo de pagamento operacionalizado pelo BACEN, o PIX, em detrimento de outros que são criados pelo mercado e devem ser previamente aprovados pelo BACEN para implantação. Essa situação hipotética desprivilegiaria a inovação, a concorrência, o mercado de arranjo de pagamentos e o consumidor.

O PIX é o meio de pagamento mais utilizado pelos consumidores nos últimos anos, o que levou à extinção de serviços bancários consolidados, como o Documento de Ordem de Crédito (“DOC”) e o Transferência Especial de Crédito (“TEC”) e à inovação do PIX para concorrer diretamente com outros produtos bancários, como é o caso do Pix Automático, concorrente direto do débito automático.

Com a finalidade de vedar a interferência negativa no mercado de arranjo de pagamentos e a favorecer a legitimidade da atuação do BACEN, imprescindível o aprimoramento do seu sistema de governança, com a separação do seu papel de regulador do papel de agente de mercado e operador do PIX.

O projeto de Lei (PL 4512/2020) pretende alterar a Lei nº 12.865/2013, para dispor sobre medidas de proteção à concorrência, à inclusão financeira, à inovação e à diversidade dos modelos de negócios das instituições de pagamento e dos arranjos de pagamento a serem adotadas pelo BACEN.

O PL 4512, de iniciativa do Deputado Gastão Vieira e com emenda apresentada pelo Deputado Marangoni, está em discussão na Câmara dos Deputados sob o rito de apreciação conclusiva pelas Comissões, não havendo a necessidade de julgamento pelo plenário. Em dezembro de 2023, o PL 4512 e sua emenda foram aprovados pela Comissão de Finanças e Tributação (“CFT”) e aguardam o fim de seu trâmite na Câmara para remessa para o Senado.

Esse PL inspira-se no modelo de governança estabelecido pelo Reserve Bank of Australia (“RBA”), Banco Australiano que possui sistema de pagamentos instantâneo semelhante ao PIX e rígida política de compartilhamento de

informações, a fim de evitar a ocorrência de situações de conflito de interesse.

Parafraseando Júlio Cesar, importante que o BACEN tenha ciência de que a confiança nos seus atos, a legitimidade deles e as inovações por eles promovidas, deve ter como pressuposto a aparência de regularidade e de fato ser regular, a partir da definição de competência e independência da atuação do BACEN agente de mercado e do BACEN agente regulador do SPB.

O CADE E A REGULAÇÃO DOS MERCADOS DIGITAIS E DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

Em janeiro de 2024, a Secretaria de Reformas Econômicas do Ministério da Fazenda (SER-MF) deu início a uma tomada de subsídios para colher contribuições sobre a possível necessidade de regulação específica para as chamadas “plataformas digitais” no Brasil. Além disso, a SRF-MF pretende investigar se são necessárias alterações na Lei de Defesa da Concorrência, também com o objetivo de regulamentar mais diretamente as plataformas digitais.

O CADE sinaliza que está se preparando para exercer maior protagonismo na regulação e fiscalização dos mercados digitais e do uso da I.A.

Para a SER-MF, muitas plataformas digitais operam em mercados conhecidos como “dois lados”, que são aqueles onde tanto o lado do provedor de produtos e serviços quanto o do cliente interagem e se relacionam com a plataforma. Essa característica dos “dois lados” leva ao controle e processamento de um volume significativo de dados, como hábitos de consumo, redes de relacionamentos e históricos de compras, dentre outras informações. No documento que anuncia a Tomada de Subsídios, a SER-MF cita que as relações

de interdependência são particularmente complexas nos mercados digitais; um dos exemplos mencionados é que uma mesma empresa pode ser proprietária de diversas plataformas digitais, que por sua vez podem ser interconectadas e promover seus respectivos usos de maneira cruzadas. Essa particularidade, segundo a SER-MF, maximiza os chamados “efeitos de rede” das plataformas digitais, pois quanto mais usuários uma plataforma fidelizar, mais valiosa ela se tornará.

Diante desse cenário, a SER-MF propõe na Tomada de Subsídios uma série de perguntas, divididas em quatro seções principais: objetivos e racional regulatório; suficiência e adequação do modelo de regulação econômica e defesa da concorrência atual; desenho de eventual modelo de regulação econômica pró-competitiva; e arranjo institucional para regulação e supervisão.

E, aqui, chegamos ao possível papel do CADE nesse novo arranjo regulatório.

As preocupações do Conselho Administrativo de Defesa Econômica CADE quanto a possíveis comportamentos anticompetitivos em ambientes digitais não são uma novidade. O que chama atenção, na iniciativa da SRF-MF, é que o Poder Executivo esteja considerando delegar uma competência regulatória ao CADE, algo que não vem previsto expressamente na Lei de Defesa da Concorrência.

Expertise com plataformas digitais certamente não falta ao CADE. Além de diversas operações e investigações sobre esse setor em anos recentes, com análises compiladas na forma do estudo Mercados de Plataformas Digitais (já em sua segunda edição), o CADE lançou nos últimos cinco anos dois relatórios bastante profundos

sobre economia digital; esses trabalhos, mesmo sem possuir um caráter normativo, aprofundaram os temas analisados pelo CADE em situações envolvendo mercados digitais, seja na avaliação de fusões e aquisições, seja na investigação de condutas anticompetitivas.

Da mesma forma, no final de 2021, o CADE atendeu a um pedido da Assessoria Especial de Assuntos Federativos e Parlamentares e preparou uma Nota Técnica enumerando diversas preocupações concorrenciais na utilização de Inteligência Artificial. Dentre os riscos apontados nesse estudo, estão o de algoritmos programados para facilitar práticas anticompetitivas, o desenvolvimento de filtros que reduzem informações de acordo com as preferências dos usuários digitais, restrições programadas para controlar ou bloquear conteúdos que certos usuários podem acessar, manipulação de algoritmos para que selecionem informações de acordo com interesses comerciais e políticos.

Interesse para exercer um papel de protagonismo na regulação dos mercados digitais também não parece faltar ao CADE. Nos últimos meses, tanto o Presidente Alexandre Cordeiro quanto alguns dos conselheiros que compõem o Tribunal do CADE concederam entrevistas sinalizando expressamente que o órgão se vê preparado – seja do ponto de vista institucional, seja do legislativo – para desempenhar tais atribuições.

Além da Tomada de Subsídios, há iniciativas legislativas tratando da regulação das plataformas digitais. Uma delas é o Projeto de Lei no. 2.768/2022, que tramita no Congresso Nacional e objetiva definir a regulamentação, fiscalização e sanção das plataformas digitais. Segundo o texto desse Projeto de Lei, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) será o órgão responsável por exercer os papéis normativo e fiscalizador.

Mais recentemente, o Presidente do Senado Federal, Rodrigo Pacheco, propôs o Projeto de Lei no. 2.338/2023, voltado a estabelecer princípios, regras, diretrizes e fundamentos para aplicação da inteligência artificial no Brasil. Esse projeto de lei não define, em seu texto original, qual o órgão da Administração Pública que será responsável por implementar e fiscalizar o cumprimento da Lei, e delega tal definição ao Poder Executivo.

O tema tende a ocupar bastante espaço nas agendas dos Poderes Legislativo e Executivo em 2024. Acompanharemos com atenção os andamentos da iniciativa da SER-MF e dos projetos de lei que tratam da regulação dos mercados digitais e da inteligência artificial.

TCU, CGU E ACORDOS DE LENIÊNCIA: O DIFÍCIL AMADURECIMENTO DO SISTEMA DE COMBATE À CORRUPÇÃO BRASILEIRO

Passados 10 anos desde o início da Operação Lava-Jato, em fevereiro deste ano o Supremo Tribunal Federal (STF) emitiu duas decisões que reacenderam o debate público sobre a eficácia do combate à corrupção e sobre a segurança jurídica no país.

No início de fevereiro, o STF, em decisão monocrática do ministro Dias Toffoli, suspendeu o pagamento de multas no valor de R\$ 8,5 bilhões impostas à Companhia Novonor S.A (então Grupo Odebrecht), referente ao acordo de leniência firmado com o Ministério Público Federal (MPF) no âmbito da Operação Lava-Jato. A decisão, que gerou intensa repercussão na sociedade civil, fundamentou-se no direito de a empresa ter acesso a documentos que possam demonstrar a existência de ilegalidades na atuação do MPF e do juízo processante, quando da celebração do acordo.

No final de fevereiro, agora no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 1051

Decisões e iniciativas do STJ recentes do STJ impactam a continuidade dos acordos de leniência firmados no contexto da Lava Jato.

– que também discute a legalidade dos acordos de leniência celebrados na Operação Lava-Jato –, o ministro André Mendonça determinou que as partes, especialmente os entes públicos, terão 60 dias para chegar a um consenso sobre a legalidade dos acordos.

As intensas discussões no STF sobre a legalidade dos acordos de leniência são, em parte, reflexo do ineditismo que tais acordos representaram para o sistema anticorrupção brasileiro. Previstos pela Lei 12.846/2013, conhecida como Lei

Anticorrupção, os acordos de leniência rapidamente tornam-se um dos principais instrumento utilizados pelo MPF no escopo da Operação Lava Jato.

Quando do momento de suas celebrações, não existiam procedimentos bem definidos sobre como tais acordos poderiam ser negociados. Sequer havia clareza sobre quais órgãos públicos teriam competência para participar dessas negociações.

Visando endereçar tal lacuna normativa, em 2020 foi celebrado o Acordo de Cooperação Técnica (ACT) pelo Tribunal de Contas da União (TCU), Controladoria Geral da União (CGU), Advocacia-Geral da União e Ministério da Justiça e Segurança Pública, sob coordenação do STF. Dentre as principais inovações ali trazidas, estava o entendimento de que o combate efetivo à corrupção necessita de uma ação coordenada e colaborativa entre os diversos órgãos públicos.

Recentemente, o TCU deu um segundo importante passo para o amadurecimento do instituto dos acordos de leniência. Em 21.02.2024, foi aprovado por meio do Acórdão 239/2024 o texto de uma instrução normativa que define regras sobre a atuação do TCU e da CGU na celebração de acordos de leniência firmados com empresas envolvidas em desvio de recursos públicos.

A instrução normativa tomou como base o Acordo de Cooperação Técnica celebrado em 2020. Dentre os principais avanços do texto, está (i) a possibilidade de TCU e CGU trocarem informações para calcular os valores a serem ressarcidos aos cofres públicos, (ii) a prerrogativa de o TCU opinar se os valores negociados são suficientes para o ressarcimento, e (iii) a impossibilidade de o TCU utilizar informações confidenciais recebidas da CGU contra a proponente até que o acordo seja assinado, exceto para investigar algum ilícito já em análise pelo TCU.

As regras previstas na instrução normativa valem apenas para os acordos de leniência que serão celebrados no futuro, não afetando os celebrados no contexto da Operação Lava Jato. De toda forma, o texto é parte de um importante e necessário amadurecimentos dos mecanismos de combate a corrupção do país, aumentando a segurança jurídica das partes envolvidas e a eficácia das medidas tomadas pelas autoridades.

STJ CONFIRMA QUE A ABSOLVIÇÃO NAS ESFERAS CIVIL E PENAL NÃO IMPEDE A CONDENAÇÃO PELO CADE BASEADA NOS MESMOS FATOS

Em dezembro de 2023, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestou o entendimento de que decisões emitidas em âmbito civil e criminal não reverberam sobre as atribuições do CADE. O STJ entendeu que a absolvição de cartel por insuficiência probatória não impede que o CADE reconheça formação de cartel com base no mesmo conjunto probatório.

Essa decisão traz repercussões importantes para empresas e pessoas físicas envolvidas em investigações do CADE por práticas anticompetitivas, e foi proferida no âmbito do recurso especial nº 2.081.262-RS (2022/0252631-6), interposto pelo CADE e pela Agência Nacional do Petróleo (ANP), contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4). A discussão originou-se após o reconhecimento de cartel pelo CADE no mercado de revenda de combustíveis de Caxias do Sul (RS) no âmbito do processo nº 08012.010215/2007-96. Os mesmos fatos foram apurados em duas ações judiciais: a ação civil pública nº 010.1.07.001043-59 (“ACP”) e a ação penal nº 010.207.000.52097 (“Ação Penal”), que afastaram a existência de condutas anticoncorrenciais no referido setor.

O STJ entendeu que a absolvição de cartel por insuficiência probatória não impede que o CADE reconheça formação de cartel com base no mesmo conjunto probatório.

Diante disso, uma das empresas condenadas pelo CADE ajuizou ação anulatória para anular a condenação imposta pelo CADE e da penalidade de revogação de autorização para exercer a atividade de posto de combustíveis, que fora aplicada pela ANP. Um dos principais fundamentos na ação foi o de que teria havido violação à coisa julgada pelo CADE. Os pedidos da parte autora foram confirmados em primeira e segunda instâncias, o que levou à interposição dos recursos especiais.

O Acórdão do STJ foi proferido nos termos do voto da Ministra Relatora Regina Helena Costa, segundo o qual o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é formado por três instâncias de responsabilização independentes entre si e com objetivos próprios: a administrativa, a cível, e a criminal. Dessa forma, o afastamento da condenação em uma dessas instâncias não repercute automaticamente nas outras.

Segundo a Ministra, (i) a esfera administrativa teria por escopo coibir condutas anticompetitivas e punir os infratores com a imposição de sanções; (ii) a esfera cível teria por escopo a reparação de prejuízos sofridos em decorrência da prática anticompetitiva (de forma coletiva ou individual), bem como a fixação de ordens mandamentais voltadas a conformar a atuação dos agentes econômicos à legislação antitruste, e (iii) a esfera penal teria por escopo punir as pessoas físicas, “às quais se atribua a prática das mais graves condutas violadoras da ordem econômica”. A única exceção da independência relativa das instâncias é a hipótese prevista no artigo 66 do Código de Processo Penal, que estabelece que a ação civil só pode ser ajuizada quando, na esfera criminal, não tiver sido reconhecida a inexistência material do fato categoricamente, o que a Ministra entendeu não ter ocorrido no processo.

Além disso, a Ministra reforçou seu fundamento ao indicar que não há formação de coisa julgada em ações civis públicas quando a sentença de improcedência foi baseada em insuficiência probatória, de acordo com os artigos 18 da Lei nº 4.717/1965, e artigo 16 da Lei nº 7.347/1965, tal como ocorreu na ACP. Por fim, apesar de manifestar tal entendimento, a Ministra entendeu não ser admissível o recurso da ANP, pois sua fundamentação não indicou quais dispositivos de leis federais haviam sido violados pelo TRF4, e indicou que não haveria possibilidade de acolher o recurso do CADE em sua íntegra, pois as instâncias de origem não teriam analisados todos os pedidos requeridos pela parte autora, o que configuraria supressão de instância.

Diante disso e da fundamentação indicada acima, o STJ conheceu em parte do recurso especial do CADE e lhe deu parcial provimento para afastar a existência de coisa julgada na ACP e na Ação Penal, determinando o retorno dos autos ao TRF4 para novo julgamento de apelação da ANP e do CADE.

A decisão do STJ reafirma a independência relativa de instâncias, reforça a competência do CADE para investigar e punir infrações ao ambiente concorrencial e, ao mesmo tempo, fomenta os pedidos de reparação por prejuízos resultantes de condutas anticompetitivas.

INDÚSTRIA FARMACÊUTICA E O ANTITRUSTE: A EXPERIÊNCIA DA COMISSÃO EUROPEIA E SEU POSSÍVEL IMPACTO PARA AS INICIATIVAS DO CADE

Os estudos setoriais lançados por autoridades antitrustes são importantes tanto para a redução da assimetria informacional aos agentes econômicos, como para servir de diagnóstico para eventual implementação de políticas públicas. O CADE pactua com essa iniciativa, e já lançou estudos sobre diferentes mercados; na área da saúde, foram divulgados dois cadernos sobre saúde suplementar, um dedicado à análise de operações e outro de condutas. A indústria farmacêutica, por sua vez, apesar de ainda não ter sido objeto de estudo sistematizado do CADE, vem sendo objeto de discussões relevantes pela autoridade.

A Comissão Europeia analisou temas sobre a indústria farmacêutica que podem impactar a atuação do CADE sobre o setor

A título exemplificativo, o CADE vem explorando a adequação dos diferentes níveis de classificação Anatomic Therapeutic Chemical – ATC para a definição de mercado relevante caso-a-caso nas operações envolvendo medicamentos. Quanto a condutas, destaca-se a apuração de prática de sham litigation, tanto na condenação da Eli Lilly em 2015, como o recente arquivamento de investigação instaurada em face da Astellas. Nota-se que as experiências de autoridades antitruste estrangeiras e diretrizes da OCDE vem compondo a base de estudos e referência do CADE sobre o tema, em especial para a análise de conflitos patentários.

Uma das maiores referências do CADE sobre o tema é a Comissão Europeia, que no dia 26 de janeiro deste ano, publicou relatório que avalia os impactos da aplicação de normas antitruste no segmento farmacêutico, tanto em controle de concentrações como de condutas. Denominado “Update on Competition Enforcement in the Pharmaceutical Sector (2018-2022)”, o estudo é uma atualização da versão lançada em abril de 2019: “Competition Enforcement in the Pharmaceutical Sector (2009-2017)”, e tem por objeto as decisões proferidas pelas autoridades antitrustes dos Estados-membros, além da própria Comissão Europeia.

A iniciativa integra um conjunto de medidas determinadas pelo Conselho da União Europeia por meio da deliberação OJ C 269 de 23/07/2016, para a garantia do acesso por doentes a medicamentos essenciais inovadores e a preços acessíveis, além do poder de barganha do governo perante as indústrias farmacêuticas, preocupações reiteradas pelo Parlamento Europeu em sua Resolução nº 2016/2057(INI), de 02/03/2017. O estudo também dispõe como o direito da concorrência da União Europeia protegeu as empresas e os consumidores durante a crise da COVID-19, por meio da orientação das produtoras no período, à semelhança do trabalho desenvolvido pelo CADE, através da Nota Informativa Temporária sobre Colaboração entre Empresas para Enfrentamento da Crise de Covid-19, lançada em julho de 2020.

Segundo os dados divulgados, no período analisado (2018 a 2022), as autoridades antitrustes europeias proferiram 26 decisões em processos administrativos, perfazendo quase 780 milhões de euros apenas em penalidades aplicadas, e em outros casos, a assunção de remédios comportamentais. Dentre as práticas investigadas estão aquelas que impedem ou atrasam a entrada de medicamentos no mercado e a consequente concorrência dos preços (como o caso europeu Teva-Cephalon, de pay for delay), o sobrepreço de medicamentos (preços “desleais”) em nítido abuso de poder dominante (caso europeu Aspen), recusa de fornecimento (caso romeno da imunoglobulina), manutenção do preço de revenda (caso português Farmodiética), manipulação de propostas, divisão de mercado e troca de informações comercialmente sensíveis (caso espanhol das fornecedoras de radiofármacos PET).

Quanto ao controle de concentrações, foram apreciadas mais de 30 operações no segmento farmacêutico, das quais quatro foram aprovadas com restrições. O objetivo do controle realizado pelas autoridades europeias é facilitar e proteger a entrada no mercado de medicamentos genéricos e biossimilares, especialmente através de remédios antitrustes. A título exemplificativo, o estudo reportou que, para a autorização da fusão entre Mylan e Upjohn, foi necessária a venda de parte da base de negócios da Mylan para evitar um cenário quase monopolístico em alguns setores.

Em que pese a experiência da Comissão Europeia e de seus Estados-Membros na prática antitruste perante a indústria farmacêutica tenha uma agenda específica interna, é possível que as experiências registradas no relatório sirvam como inspiração pelo CADE em análises futuras no setor de fármacos. Isso se deve não apenas às semelhanças com as pautas internas do governo brasileiro, de acessibilidade à medicação, em especial no setor público, como da própria OCDE de maior acessibilidade a medicamentos genéricos e biossimilares, em prestígio à saúde coletiva.

ANATEL EM 2024: O FIM DA OBRIGAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DO 0303 À VISTA?

Desde 2021, principalmente, a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) iniciou ações severas contra o chamado “telemarketing abusivo” a partir da obrigatoriedade de utilização do código 0303 para todas as atividades de telemarketing (oferta de produtos ou serviços por ligações), com a edição do Ato Normativo nº 10.413/2021, depois substituído pelo Ato 13.672/2022. Ou seja, todas as ligações de oferta de produtos e serviços devem ser iniciadas por 0303.

A Anatel começa a flexibilizar a exigência para utilização do Código 0303

Desde então, a Anatel avançou em outras medidas de coibição e manteve a obrigatoriedade de utilização do código 0303. Em 2022, determinou medidas cautelares limitando a quantidade de realização de chamadas curtas por dia, bem como possibilitou cobrança desse tipo de chamada, buscando desincentivar a prática. Em 2023, inaugurou o portal “Qual Empresa Me Ligou” para consulta de linhas vinculadas a CNPJs.

As ações trouxeram preocupação ao setor de telemarketing, suas entidades representativas (como a Associação Brasileira de Telesserviços – ABT, e a Federação Nacional dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações – FENATTEL) e a empresas que utilizam esses serviços, o que foi manifestado com a instauração de processos contra a obrigatoriedade de utilização do código 0303 principalmente nos Tribunais Regionais Federais da 1ª e da 3ª região, e no Supremo Tribunal Federal.

Quanto ao impacto econômico da medida, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 7166/DF as entidades representativas de empresas de telemarketing chegaram a argumentar que a medida teria levado a perda de mais de vinte e dois mil postos de trabalho.

Do lado da Anatel, essa propagou como resultados de suas iniciativas, apenas entre junho de 2022 e julho de 2023, o total de 582 empresas bloqueadas por infringirem os limites de chamadas curtas, 2.778 recursos de numeração passaram a utilizar o código 0303, e dezenas de processos sancionadores foram abertos contra empresas de telecomunicações por descumprimento das normas.

Um desdobramento relevante na agenda da Anatel contra telemarketing abusivo ocorreu em 2023: o Despacho

Decisório nº 102/2023 desobrigou a utilização do Código 0303 para as chamadas “autenticadas e identificadas”, que permitam que o consumidor saiba a origem da ligação.

Apesar dessa disposição, ainda não havia (e não há até o momento) a tecnologia para autenticação e identificação de chamadas. Assim, na prática, está mantida a obrigatoriedade de utilização do 0303 enquanto não sobrevier tecnologia que permita a identificação/autenticação de chamadas.

Por isso, o despacho que desobrigou a utilização do Código também determinou a realização de reuniões para coordenar os alinhamentos técnicos, que geraram a criação de grupos e subgrupos técnicos para implementação de protocolos de identificação/autenticação de chamadas. Participam dos grupos e subgrupos técnicos prestadoras de telecomunicações, entidades de classe, empresas relacionadas a sistemas operacionais de dispositivos móveis, e empresas relacionadas.

Conforme a Anatel tem noticiado, está em fase de implementação e testes o protocolo de autenticação/identificação “STIR/SHAKEN”, que permite que os consumidores saibam o número do discador, identificação, nome, logomarca e selo (certificado de autenticação do identificador); e assim tome a decisão informada de atender (ou não) a ligação, bem como reconhecer eventual comportamento abusivo – o que permite a realização de denúncias com mais facilidade. O protocolo permitiria minimizar o spoofing, que é a alteração/anonimização da numeração do originador de chamada artificialmente, e é comumente utilizado por telemarketing irregular ou até mesmo golpistas.

A Anatel anunciou que as primeiras chamadas identificadas e autenticadas ocorreriam em janeiro de 2024. No entanto, a partir das informações disponíveis quanto ao andamento das atividades dos grupos e subgrupos de implantação de mecanismo de autenticação/identificação, a implementação técnica do SITR/SHAKEN ainda está em andamento.

A implementação do protocolo STIR/SHAKEN surgiu a partir de contribuição do próprio setor de telemarketing em diálogos mantidos com a Agência, pois é considerado medida que equilibra o combate às chamadas abusivas e permite a manutenção da atividade econômica, considerando que o 0303 reduziu expressivamente os atendimentos de chamadas. Assim, a nova tecnologia permitiria, além de autenticação e certificação, mais atratividade para o atendimento de chamadas pelos consumidores, e o isolamento do telemarketing irregular que utiliza spoofing, trazendo assim mais segurança jurídica para o mercado.

Continuaremos acompanhando os andamentos da Anatel sobre a desobrigação de utilização do Código 0303.

A PRODUÇÃO DE PROVAS E O CONTRADITÓRIO EM AÇÕES ANULATÓRIAS EM FACE DO CADE

Em ação anulatória ajuizada em face do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) referente ao Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14 (“Cartel das Britas”), o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (“TRF1”) anulou sentença de primeiro grau por cerceamento de defesa, estabelecendo importante precedente para a revisão judicial de decisões do CADE.

A autora da ação (“Autora”) havia requerido a produção de provas em primeira instância, pedido indeferido ante o julgamento antecipado da lide. Apesar dessa negativa quanto à produção de provas, a sentença de improcedência da ação teve justamente o fundamento de falta de provas das alegações da Autora.

Judiciário reafirma o direito de empresas punidas pelo CADE requererem a produção de provas em ações que busquem anular a condenação

Diante da sentença, a Autora interpôs recurso de apelação, o qual foi parcialmente provido para anular a sentença recorrida e determinar o retorno dos autos ao juízo de origem, para a produção das provas requeridas pela autora e novo julgamento. Segundo o acórdão, a produção de provas pleiteada pela autora era importante, pois as novas evidências poderiam se contrapor às provas colhidas no processo administrativo. Isto é, a Autora não pretendia repetir as provas produzidas no âmbito administrativo, mas sim produzir provas novas

capazes de desconstituir a presunção relativa de veracidade das provas que a condenaram no CADE.

O caso demonstra que a deferência do Poder Judiciário ao CADE é relativa e que decisões que se restringem a manter as decisões da autarquia sem o devido contraditório não são automaticamente confirmadas pelos tribunais. Isso reafirma o direito constitucional de empresas e pessoas físicas de questionarem em juízo as decisões do CADE.

Ainda que o Judiciário seja pouco familiarizado com os temas específicos do direito antitruste e, por isso, em certas situações enfrente desafios técnicos ao analisar ações anulatórias em face do CADE, a lógica utilizada pelo CADE é bastante semelhante à judicial, na medida em que em ambas as esferas existe uma atividade judicante.

Contudo, há uma diferença crucial entre como essa atividade é desenvolvida pelo Judiciário e pelo CADE. Enquanto o Judiciário funciona sob o modelo adversarial – no qual o juiz detém o poder decisório e o protagonismo é das partes, principais responsáveis pelas provas –, o CADE funciona sob o modelo inquisitorial – no qual o próprio CADE acusa e julga os Representados. Assim, é natural que o Judiciário seja mais afeito ao contraditório e mais rigoroso na análise das provas, já que não foi ele mesmo quem as produziu.

Esse precedente reforça, ainda que o Judiciário admita a presunção relativa das provas do processo administrativo, que os julgadores devem valorizar o contraditório e o direito à ampla defesa da Autora, que poderá produzir nos autos judiciais provas capazes de desconstituir a presunção de veracidade e legalidade que guarda a decisão do CADE.

Trata-se de importante precedente para a revisão judicial de decisões do CADE, principalmente tendo em vista que muitas ações anulatórias pretendem justamente provar o desacerto da condenação administrativa na análise dos fatos, e não apenas rediscutir matéria de direito.

No entanto, é provável que o CADE interponha Recurso Especial ao final da tramitação do caso no TRF1, levando a discussão ao Superior Tribunal de Justiça (“STJ”). No STJ, o destino do caso é mais incerto, já que a Corte já se manifestou – ainda que em processo tratando de temas bastante diferentes dos enfrentados no caso analisado neste artigo – sobre a importância da deferência do Judiciário ao CADE, por se tratar de “autarquia judicante formada por integrantes altamente especializados nas temáticas do direito da concorrência” (Voto-Vista do Ministro Mauro Campbell Marques no REsp nº 615.628/DF, Segunda Turma, acórdão publicado no DJe em 04.05.2011).

Sendo assim, será importante acompanhar o julgamento da ação anulatória analisada neste artigo pelo STJ, para sabermos se a deferência do Judiciário – e, mais especificamente, do STJ – ao CADE permanece a mesma.

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.