

VOLUME

10

NÚMERO 2

2022

DEZEMBRO

ISSN 2318-2253

# REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO CADE

# REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Volume 10 – Dezembro 2022 – ISSN 2318-2253

Periodicidade semestral

Revista do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Cade, Brasília, DF.

## CONSELHO EDITORIAL

Amanda Athayde Linhares Martins, UnB, Brasília, Brasil.

Amanda Flávio de Oliveira, UnB, Brasília, Brasil.

Ana de Oliveira Frazão, UnB, Brasília, Brasil.

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, FGV, Rio de Janeiro, Brasil.

Celso Fernandes Campilongo, USP, São Paulo, Brasil.

Dênis Alves Guimarães, UCB, Brasília, Brasil.

Diogo R. Coutinho, USP, São Paulo, Brasil.

Edmond Schlumberger, Université Paris 8, Paris, França.

Eduardo Molan Gaban, PUC, São Paulo, Brasil.

Eleanor Fox, NYU, Nova York, Estados Unidos da América.

Elvino de Carvalho Mendonça, UNB, Brasília, Brasil

Gesner José de Oliveira Filho, FGV, São Paulo, Brasil.

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, FGV, Brasília, Brasil.

Guilherme Ribas USP, São Paulo, Brasil.

Ivo Gico Junior, UniCeUB, Brasília, Brasil.

Laurence Idot, University Paris II Panthéon-Assas, Paris, França.

Leonardo Peixoto Leal, UNIFOR, Ceará, Brasil.

Leonor Cordovil, São Paulo, Brasil.

Marcio de Oliveira Júnior, UnB, Brasília, Brasil.

Marcos Vinícius Torres, UFRJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Paulo Burnier da Silveira, UnB, Brasília, Brasil.

Paulo Furquim de Azevedo, INSPER, São Paulo, Brasil.

Saulo Bichara Mendonça, UFF, Rio de Janeiro, Brasil.

Vinicius Marques de Carvalho, USP, São Paulo, Brasil.

William Kovacic, Columbia University, Columbia, Estados Unidos da América.

## EDITOR-CHEFE

Luis Henrique Bertolino Braido: doutor em Economia pela Universidade de Chicago, mestre em Economia pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e pela Universidade de Chicago e graduado em Economia pela Universidade de São Paulo. É professor associado da FGV, na Escola de Pós-graduação em Economia e Finanças. É Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

## **COORDENAÇÃO EDITORIAL**

Ana Carolina Correa da Costa Leister

Braulio Cavalcanti Ferreira

Caio Carvalho Correia Barros

Déborah Lins e Nóbrega

Iara do Espírito Santo

Keila de Sousa Ferreira

Marina Costa Oliveira

## **CORRESPONDÊNCIA REDATORIAL**

Revista de Defesa da Concorrência

SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Carlos Taurisano

CEP 70770-504 – Brasília, DF

E-mail: revista@cade.gov.br

Site: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia>

## **PARECERISTAS**

Alexandre Ditzel Faraco, UFPR, Curitiba, Brasil.

Alexandre Santos de Aragão, UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Amanda Athayde Linhares Martins, UNB, Brasília, Brasil.

Amanda Flávio de Oliveira, UNB, Brasília, Brasil.

Ana de Oliveira Frazão, UNB, Brasília, Brasil.

Anna Binotto, USP, São Paulo, Brasil.

Ananda Portes Souza, UFMG, Belo Horizonte, Brasil.

Andrea Moreira da Fonseca Boechat, UEM, Maringá, Brasil.

Beatriz Malerba Cravo, FGV, São Paulo, Brasil.

Bernardo Macedo, Unicamp, Campinas, Brasil.

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, FGV, Rio de Janeiro, Brasil.

Carolina Saito da Costa, USP, São Paulo, Brasil.

Celso Fernandes Campilongo, USP, São Paulo, Brasil.

Daniel Boson, UniCeuB, Brasília, Brasil.

Daniel Favoreto Rocha, FGV, São Paulo, Brasil.

Daniel Jacomelli Hudler, Uninove, São Paulo, Brasil.

Denise Junqueira, NYU Law School, Nova York, EUA.

Diogo R. Coutinho, USP, São Paulo, Brasil.

Eduardo Jordão Vieira, FGV, Rio de Janeiro, Brasil.

Eduardo Nunes Sousa, UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Elvino Carvalho Mendonça, UNB, Brasília, Brasil.

Eric Hadmann Jasper, UNB, Brasília, Brasil.  
Felipe Comarela Milanez, UFOP, Ouro Preto, Brasil.  
Fabiana Tito, USP, São Paulo, Brasil.  
Fernanda Garibaldi, USP, São Paulo, Brasil.  
Fernando Amorim, UNB, Brasília, Brasil.  
Fernando de Magalhães Furlan, UNB, Brasília, Brasil.  
Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, FGV, Brasília, Brasil.  
Guilherme Ribas, USP, São Paulo, Brasil.  
Guilherme Teno Castilho Misale, USP, São Paulo, Brasil.  
Humberto Cunha dos Santos, USP, São Paulo, Brasil.  
Ivo Teixeira Gico júnior, UniCeuB, Brasília, Brasil.  
Juliana Maia Daniel Pinheiro, Sciences Po, Paris, França.  
Leonor Cordovil, USP, São Paulo, Brasil  
Lilian Manoela Monteiro Cintra de Melo, USP, São Paulo, Brasil.  
Lucas Campio Pinha, UFRRJ, Rio de Janeiro, Brasil.  
Luís Alberto da Costa Araujo, PUC, Belo Horizonte, Brasil.  
Luis Henrique Bortolai, UniMETROCAMP, Campinas, São Paulo.  
Luis Nagalli, NYU Law School, Nova York, EUA.  
Marcelo Calliari, USP, São Paulo, Brasil.  
Maria Cecília Andrade, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal.  
Maria Fernanda Caporale Madi, Erasmos University, Rotterdam, Holanda.  
Mônica Tiemy Fujmoto, UNB, Brasília, Brasil.  
Osvaldo Agripino, UFSC, Florianópolis, Brasil.  
Ottoni Ferreira Filho de Oliveira, FGV, São Paulo, Brasil.  
Paula Forgioni, USP, São Paulo, Brasil.  
Priscila Brolio Goncalves, USP, São Paulo, Brasil.  
Raphael Chaia, UniDBSCO, Curitiba, Paraná.  
Raquel Santana, UFSC, Florianópolis, Brasil.  
Renata Oliveira, UFRN, Natal, Brasil.  
Sara Tironi, USP, São Paulo, Brasil.  
Sílvia Fagá de Almeida, FGV, São Paulo, Brasil.  
Tainá Leandro, UNB, Brasília, Brasil.  
Tanise Brandão Bussmann, PUC-RS, Porto Alegre, Brasil  
Vicente Bagnoli, Mackenzie, São Paulo, Brasil.  
Vinicius Klein, UFPR, Paraná, Brasil.  
Vinicius Marques de Carvalho, USP, São Paulo, Brasil.  
Vivian Terng, USP, São Paulo, Brasil.  
Waleska Monteiro, UFG, Goiás, Brasil.

# SUMÁRIO

Apresentação	6
The midlife crisis of the antitrust goals: where does the Brazilian Competition Authority stand among Harvard, Chicago and Neo-Brandesianists? <i>A crise da meia-idade dos objetivos do antitruste: onde está autoridade de defesa da concorrência brasileira entre Harvard, Chicago e Neo-Brandesianos?</i>	7
A Atuação do Ministério Público na Defesa da Concorrência Brasileira <i>The Public Prosecutor's Offices and the competition defense in Brazil</i>	24
Algoritmos de precificação e conluíus implícitos: o que dizem as evidências? <i>Pricing algorithms and tacit collusion: what is the evidence?</i>	45
As Respostas Punitiva e Reparatória Previstas na Lei de Defesa da Concorrência Brasileira ao Ato Ilícito Concorrencial <i>The punitive and reparatory responses provided for in the Brazilian Competition Law to the competitive illegal act</i>	64
A Relevância das Plataformas na Análise Anticoncorrencial: Os casos decididos pelo Cade <i>The Relevance of Platforms in Anticompetitive Analysis: The cases decided by CADE</i>	81
Acordos vs. Condenações em Condutas Unilaterais: uma análise do ponto de vista da eficiência <i>Analysis of Cade's efficiency in unilateral conducts: settlement vs. sentencing</i>	98
Avaliação de Impacto de Política de Defesa da Concorrência: Programa de Leniência da Comissão Europeia (DG-COMP) e do Cade <i>Antitrust Policy Impact Assessment: European Commission's (DG-COMP) and CADE's Leniency Program</i>	117
A Arbitragem no Controle de Estruturas como Mecanismo de Reforço ao Monitoramento do Cade: Cabimento e Vinculação da Autarquia <i>Arbitration in the merger control as a mechanism to reinforce CADE's monitoring: appropriateness and federal independent agency binding</i>	137
Desafios Concorrenciais da Nova Lei de Licitações: A Modalidade de Diálogo <i>Competitive challenges of the new bidding law: the competitive dialogue procedure</i>	163

# APRESENTAÇÃO

No ano em que o Cade completa seis décadas de atuação, a Revista de Defesa da Concorrência (RDC) chega ao segundo número de seu décimo volume. São 10 anos de estímulos a debates que objetivam disseminar a cultura da livre concorrência no Brasil, sendo o periódico um importante instrumento para o cumprimento do papel educativo do Cade. Em 2022, a RDC passou por uma série de atualizações e aprimoramentos em sua política editorial, decorrentes de contratação de consultoria especializada. Com isso, a Revista objetivou se tornar mais transparente e responsiva de modo a cumprir os critérios de adesão às principais bases de dados existentes, como a Web of Science e a Scopus, o que projeta o periódico científico para além das fronteiras nacionais.

Nesta vigésima edição, a Revista abre com um texto que busca analisar a evolução do direito concorrencial e uma suposta crise acerca de seus objetivos. Após, o segundo artigo traz um debate acerca do papel do ministério Público na Defesa da Concorrência. Na sequência, o terceiro texto analisa evidências coletadas sobre a relação entre algoritmos de precificação e conluios implícitos. A seguir, no bojo dos 10 anos de vigência da LDC, o quarto texto se propõe a se apresentar as três esferas de responsabilização previstas na Lei 12.529/2011 em resposta ao ato ilícito violador da livre concorrência, em sede administrativa, criminal e civil.

O quinto artigo reflete acerca do modo como casos anticoncorrenciais envolvendo o mercado de plataformas digitais foram analisados pelo Cade. O artigo seguinte traz um exame de condutas unilaterais, com base no tempo de duração dos processos e no tipo de conclusão, analisando se são resolvidos por meio de TCCs ou decisões do órgão que, em geral, são judicializadas. O sétimo texto busca empreender uma análise crítica acerca do Programa de Leniência da Comissão Europeia e também do Cade. Na sequência, o oitavo texto busca analisar as características dos procedimentos arbitrais estabelecidos nos acordos em controle de concentração no âmbito do Cade, principalmente quanto à previsão de não vinculação da autarquia às decisões proferidas pelo árbitro. Por fim, a edição encerra com um artigo que reflete sobre os desafios concorrenciais decorrentes da modalidade de diálogo competitivo trazida pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Boa leitura!

**Alexandre Cordeiro Macedo**

Presidente do Cade

**Luis Henrique B. Braido**

Editor-chefe da RDC

# 1

## THE MIDLIFE CRISIS OF THE ANTITRUST GOALS: WHERE DOES THE BRAZILIAN COMPETITION AUTHORITY STAND AMONG HARVARD, CHICAGO AND NEO-BRANDESIANISTS?

A crise da meia-idade dos objetivos do antitruste: onde está autoridade de defesa da concorrência brasileira entre Harvard, Chicago e Neo-Brandesianos?

Amanda Athayde Linhares<sup>2</sup>

Universidade de Brasília (UNB) - Brasília/DF, Brasil

Luiz Guilherme Ros<sup>3</sup>

Universidade de Brasília (UNB) - Brasília/DF, Brasil

### STRUCTURED ABSTRACT

**Conceptualization:** The article aims to analyze the evolution of competition as well as the crisis regarding its objectives.

**Editor responsável:** Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braido, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.  
**ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

**Recebido em:** 11/04/2022

**Aceito em:** 17/09/2022

**Publicado em:** 14/12/2022

2 Amanda Athayde é Professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na UnB. Consultora do Pinheiro Neto Advogados. Foi servidora pública de carreira do executivo federal, Analista de Comércio Exterior. Em 2019, tornou-se Subsecretária de Defesa Comercial e Interesse Público (SDCOM) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do Ministério da Economia. Doutora em Direito Comercial pela USP, Bacharel em Direito pela UFMG e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pela UNA. Ex-aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne. É autora de dois livros e de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, Direito da Concorrência, Direito Econômico, Comércio Internacional, Acordos de Leniência e Defesa Comercial. Co-fundadora da rede Women in Antitrust (WIA) e membro da rede Women Inside Trade (WIT). **E-mail:** [profa.amanda.athayde@gmail.com](mailto:profa.amanda.athayde@gmail.com); **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/3657244167587179>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-8557-9204>.

3 Luiz Guilherme Ros é Sócio do escritório Silva Matos Advogados. É Consultor do Programa das Nações Unidas perante o Cade no projeto Control of Data, Market Power, and Potential Competition in Merger Reviews. Doutorando em Direito Econômico pela UnB. Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Público de Brasília. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). É Secretário da Comissão de Defesa da Concorrência e membro das Comissões de Direito Concorrencial e de Direito Societário do Instituto Brasileiro de Direito Empresarial. Foi membro da Comissão de Direito Regulatório da OAB-DF. Foi Vice-Presidente do Conselho de Administração da LoopKey S.A., e Data Protection Officer da Sociedade. Foi professor voluntário na Universidade de Brasília. Foi assistente técnico e coordenador substituto na Superintendência Geral do Cade. Foi assessor do Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **E-mail:** [luzrosadv@gmail.com](mailto:luzrosadv@gmail.com); **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/8539009554163400>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-6413-1144>.

**Objective:** rethink antitrust objectives, leaving aside the unidirectional objective of consumer welfare.

**Methodology:** The authors analyzed academic articles that led to the present discussion, especially considering the Brazilian scenario.

**Results:** It was found that despite being aware of the global discussion on antitrust objectives, Brazil is still in the early stages of the debate.

**Conclusion:** The Brazilian antitrust authority is still in the initial phase of the debate, not having deepened the discussion about the objectives of the antitrust.

**Keywords:** antitrust; Harvard; Chicago; neo-brandesianists; consumer welfare.

## RESUMO ESTRUTURADO

**Contextualização:** O artigo tem como objetivo analisar a evolução do direito concorrencial até o momento atual, bem como a crise quanto aos seus objetivos.

**Objetivo:** Verificar a necessidade de se repensar os objetivos do antitruste, deixando de lado o objetivo unidirecional do consumer welfare.

**Método:** Os autores analisaram de maneira crítica os artigos acadêmicos existentes que levaram a presente discussão, especialmente considerando o cenário brasileiro.

**Resultado:** Verificou-se que apesar de ciente da discussão global sobre os objetivos do antitruste, o Brasil ainda encontra-se em fase inicial do debate, não estando em uma crise da meia idade como Harvard e Chicago.

**Conclusões:** Foi possível concluir que a despeito da ciência da discussão existente no mundo, a autoridade concorrencial brasileira ainda encontra-se em fase inicial do debate, não tendo se aprofundado na discussão sobre os objetivos do antitruste.

**Palavras-chave:** Antitrust; Harvard; Chicago; neo-brandesianists; consumer welfare.

**Summary:** 1. Introduction; 2. A brief overview of the Birth of the Antitrust Law in North America; 3. A brief overview of the Harvard School; 4. A brief overview of the Chicago School; 5. A brief overview of the neo-brandesianists and the Midlife Crisis of the Antitrust Goals; 6. The discussion in the Brazilian perspective; 7. Conclusion; 8. References.

From a historical point of view, precision is necessary: competition law as we know it today is not the same as in its origins. It has undergone important qualitative mutations, related to those of the means of production, and so relevant that they may lead us to assume that new fields of law were created (BAPTISTA, 1996, p. 4).

## 1. INTRODUCTION

This paper aims to present a brief historical overview of the emergence and development of competition law, as well as the movements that influenced its creation and evolution, as well as the objectives that led to the competition defense policy and the theoretical divergences present in



the specialized literature and Brazilian case laws. This introduction is part of this paper, as its first chapter.

The second chapter will present a brief overview of what motivated and how was the birth of competition law in the North American. The third chapter will then present the first school of thought that guided competition law, called the Harvard School. This school defended that concentrated market structures, whether oligopolistic or monopolistic, would, *per se*, be harmful to the market. Louis Brandeis, an associate justice of the North American Supreme Court, between 1916 and 1939, coined phrases that synthesized this line of thought, such as “big is bad”, “small is beautiful” and “the curse of bigness”. It will also be described the counterarguments of the structuralist thought (BORK, 1993; HOVENKAMP, 2018).<sup>4</sup>

The fourth chapter, and under the influence of the neoliberal movement, is based on idea that the State should, as much as possible, avoid intervening in the economic domain. This would allow companies to compete more vigorously in the market. The Chicago School proposed that competition laws would have a single economic objective, namely the *consumer welfare*. For decades antitrust law developed under the mantra that State interventions in the economic domain based on antitrust law should only occur when market practices could cause a decrease in consumer welfare. Thus, market practices should only be penalized when they resulted in a net negative effect for the consumer, regardless of the structure of the market analyzed.

However, in the fifth chapter it will be presented that this singular objective of competition law has been questioned lately, as it is unable to prevent the formation of large economic conglomerates, especially big techs. This new current, called the “hipster antitrust” or, as they nominate neo-brandesianists, began to advocate a return to the origins of antitrust objectives. According to them, competition law should have a multidimensional approach, considering political, social, and economic concepts.

Having all that in mind, the sixth chapter aims to make a quick review of the case law in Brazil that has mentioned the discussion about the antitrust goals. How is the Brazilian competition authority dealing with that discussion? Are we equally in a midlife crisis or we are still teenagers analyzing Harvard, Chicago and Neo-Brandesianists? As we will see, the competition authority in Brazil has never deeply analyzed this discussion and has issued different decisions about the matter.

Finally, the seventh chapter will present the conclusion on this topic addressed and present how the Brazilian Antitrust Authority is dealing with this discussion.

## 2. A BRIEF OVERVIEW OF THE BIRTH OF THE ANTITRUST LAW IN NORTH AMERICA

Competition law was born and developed in North America. The first registered legislation is

---

<sup>4</sup> In the American Tobacco and Standard Oil decisions of 1911, the Supreme Court had shifted the already ambiguous terms of the Sherman Act toward even greater uncertainty. In the Standard Oil case, the court in effect determined that only “unreasonable” restraints of trade were illegal under the Sherman Act, not all such restraints. This “rule of reason”, as it came to be called, satisfied none of the parties most directly concerned in the antitrust debate. [...] More than anything else, executives of both peripheral and center firms wanted certainty: a bright line between legality and illegality. Many of them began to think that continuous administration of economic policy by a regulatory commission was preferable to what they saw as the spasmodic whims of individual judges (McCRAW, 1984, p. 130).

Canadian and called Competition Act (1885).<sup>5</sup> In turn, the development of competition law – as well as the broad reach this field of study has attained – has occurred in the United States. The beginning of the discussion regarding this field of study dates to 1877, when a strike movement started by railroad employees in the State of West Virginia spread throughout North America and resulted in a massive blockage of transport, causing a significant shortage of goods in the main urban centers.

This movement, which spread to several economic sectors, had the support of several public authorities, as well as private agents, taking on significant proportions in the North American economy and political system. At the time, the main dissatisfaction was related to the power amassed by large conglomerates (*trusts*)<sup>6</sup> and, consequently, the way in which such private agents were able to influence the political-economic scenario, asserting their interests at any cost.<sup>7</sup>

For no other reason trusts and antitrust law (a nomenclature that derives from that name) were at the center of the debates during the presidential election in the United States of America, with the repudiation of trusts and the promise to fight them being a common point among candidates (FERRAZ, 2014). Finally, to stop these conglomerates and their harmful effects on the market and consumers, the Sherman Act (1890)<sup>8</sup> emerged and was later complemented by the Clayton Act (1914) and the FTC Act (1914).<sup>9</sup>

The Brazilian author Calixto Salomão<sup>10</sup> claims that the emergence of the Sherman Act would be related to consumer protection. On the other hand, Paula Forgioni,<sup>11</sup> also Brazilian, argues that the legislation would have been drafted with the purpose of protecting the market itself, which was self-destructive given the excess of economic freedom and lack of control by authorities. Lina Khan<sup>12</sup>, current president of the Federal Trade Commission, mentions that the purpose of the Law would be to preserve “open markets”, as well as increase opportunities for new entrants, thus preventing large corporations from extracting wealth from consumers and producers, and, consequently, market concentration and abuse.

5 Canada is credited with pioneering competition law in 1889, by enacting the *Act for the prevention and suppression of combinations formed in restraint of trade*, whose purpose was to combat arrangements or combinations aimed at restricting trade by fixing prices or restriction of production (cartels), which was incorporated three years later into Canada’s first Criminal Code. In this legislation it was made explicit that the fixing of prices and other agreements between competitors were species of abusive conduct (GABAN; DOMINGUES, 2009, p. 4).

6 U.S. antitrust was born in 1890 out of a concern for the power and exploitations of the new, large, and powerful business organizations called trusts (FOX, 2013, p. 1).

7 Characteristic of this position is the cartoon shown by Schapiro (2018, p. 715). According to the drawing, trusts were seen as the “bosses” of the senators and, consequently, the most important political agents in the North American scenario.

8 For further information about elements that influenced the original version of the Sherman Act, see Diniz (2018).

9 Not since 1912, when Teddy Roosevelt ran for President emphasizing the need to control corporate power, have antitrust issues had such political salience. While Roosevelt did not win, Congress passed the Federal Trade Commission Act and the Clayton Act in 1914, significantly strengthening the Sherman Act. (SCHAPIRO, 2018, p. 715).

10 The exposition of the political-economic factors relevant to the approval of the Sherman Act makes it possible to correctly outline the issue. First, it is quite evident that the biggest concern with monopolies at that time was their negative economic effects on the consumer (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 71).

11 Indeed, this legislation should be understood as the most significant legal document to showcase the reaction against the concentration of power in the hands of a few economic agents, and seek to regulate it. It should not be said that the Sherman Act constitutes a reaction against economic liberalism, as it aimed precisely at correcting distortions that were brought about by excessive capital accumulation, that is, correcting the distortions created by the liberal system itself. Despite the contrary opinion of part of the North American literature, the Sherman Act tried, at first, to protect the market (or the productive system) against its self-destructive effects (FORGIONI, 2012, p. 65).

12 Taken as a whole, the antitrust laws were intended to preserve open markets and enhance opportunity, prevent large firms from extracting wealth from producers and consumers, and safeguard against extreme concentrations of private power (KHAN, 2018, p. 7).



The Sherman Act would, therefore, represent the redemption of liberalism which, without the proposed regulation, would allow monopolistic concentrations and the formation of large conglomerates and cartels which would distort the natural rules of competition. This vision sought to establish small businesses, workers, traders, and farmers as a group to be protected by legislation.<sup>13</sup>

In this sense, and to combat the various forms of abuse of economic and political power, Antitrust Law was born without a clear and well-defined objective. In our view, however, the lack of direction was not problematic, since the central aspect of these legislations was to fight very powerful economic conglomerates that had great influence over the economic and political system and not, necessarily, to protect the market and free competition.

Throughout its evolution, and as will be shown later in the third and fourth chapters, antitrust policy and law was strongly influenced by two movements, namely: the Harvard School, whose principles prevailed until the 60s, and the Chicago School, which is the dominant school of thought until the present day,<sup>14</sup> but which has had its conclusions and objectives questioned by a new movement.

### 3. A BRIEF OVERVIEW OF THE HARVARD SCHOOL

The Harvard School, also called the Structuralist School, influenced the birth and early development of antitrust laws. Especially concerned with concentrated market structures, it proposed that the main goal of antitrust law would be to maintain a plural market, with a diversity of competitors, preferably small ones.

The Harvard School was naturally strongly influenced by the reality of its time, that is, the existence of large corporations which upheld their own interests using their immense economic and political power to the detriment of small traders, consumers, workers, as well as much of the economy and society.

There was no doubt, as there isn't today, that the abuse of market power has harmful effects on the economy and society and must be repressed. To this end, and supported by the thinking of the Harvard School, American authorities began to condemn a series of practices perpetrated by dominant companies, such as vertical practices and mergers and acquisitions.

This school of thought believed that concentrated market structures were harmful to society, so both monopolistic and oligopolistic markets were seen as problematic for consumers and small producers and, therefore, for the market itself and the North American economy.<sup>15</sup> Influenced by

---

13 The Sherman Act was passed in 1890, prior to the beginning of the Progressive Era, and it reflected largely populist concerns. Although both Gilded Age populism and progressivism tilted left in important respects, there were sharp differences between them. Populism was to a much greater extent "politics in the raw," with small business and farmers being the principal interest groups seeking protection. The perceived threats were big business, with a focus mainly on railroads and banks. Populism was initially heavily agrarian, and only later became aligned with the much more urban labor movement. As most populist movements, it was also quite anti-intellectual, strongly suspicious of higher learning. [...] The first set of explicitly progressive antitrust reforms were the Clayton Act and the Federal Trade Commission Act ("FTC Act"), both passed in 1914 during Woodrow Wilson's first term (HOVENKAMP, 2018, p. 77).

14 It is not the goal here to review all the schools of thought which have influenced competition law, since it would be necessary to present other relevant positions, such as the Austrian School, the Ordoliberal School, among others.

15 This is troubling because monopolies and oligopolies produce a host of harms. They depress wages and salaries, raise consumer costs, block entrepreneurship, stunt investment, retard innovation, and render supply chains and complex systems highly fragile. Dominant firms' economic power allows them, in turn, to concentrate political power, which they then

Edward Chamberlain, Edward Mason, and Joe Bain, this trend indicated that competition law should focus on the protection of small players, seeking to achieve the distribution of wealth in society (BAKER; SALOP, 2015), small businesses protection,<sup>16</sup> concentration of political power (WALLER, 2019; PITOFISKY, 1979), preservation of the competitive process through the maintenance of a plural market, with multiple competitors,<sup>17</sup> as well as other social and political aspects, always based on the deconcentrating of market power held by large corporations.

It is for no other reason that, at the time, the US Supreme Court issued several rulings indicating that the objective of competition law would encompass political, social, and economic objectives. It is worth remembering that the first decision that discussed the objectives of antitrust came in 1897, just seven years after the Sherman Act, in the judgment of the United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n (166 U.S. 290 323, 1897). In this case, the US Supreme Court held that the purpose of antitrust was “to protect small merchants and men of value”, even at the cost of raising domestic commodity prices.

As the Brazilian author Eric Jasper (2019, p. 12) exposes, throughout the prevalence of the Harvard School as dominant school of thought, the Supreme Court significantly expanded what the scope of competition law. In this context, in several precedents, it declared that the Sherman Act would have the following objectives: (i) to prevent market concentration, preserving, whenever possible, the organization of industries in small competing units; (ii) to protect companies' freedom to sell and trade goods; (iii) to protect the public from market failures; (iv) to preserve the freedom of companies to compete with “vigor, imagination, devotion, and ingenuity”; (v) to prohibit practices that prevent companies from accessing the market; (vi) to ensure equality of opportunity and protect the public from monopolies and cartels; and (vii) to be a compass of economic freedom to preserve free competition.

According to Stucke (2012) the US Supreme Court has already defined the objectives of the Sherman Act as the followings: (i) to prevent the concentration of markets and preserve the industrial organization in small units; (ii) to protect companies' freedom to trade; (iii) promoting consumer welfare, efficient pricing, and price competition; (iv) protect the public from market failures; (v) preserve economic freedom and freedom of competition; (vi) condemn practices that exclude competitors from the market in which they find themselves; (vii) protection of equal opportunity and public protection against male equality of opportunity arising from the destruction of competition in and the occurrence of monopoly trade coincidences; (viii) be a true “Magna Carta” freedom of the economy in the United States; and (ix) certain precautions for monopolies that, in any case, limit opportunities and freedoms.

It can be seen, therefore, that competition law was not confined to a single economic objective<sup>18</sup>, and there was a tendency for competition law to consider public interests in a broad use to win favorable policies and further entrench their dominance (KHAN, 2018, p. 4).

16 This view was strongly influenced by Louis Brandeis, former associate justice of the North American Supreme Court. In this sense, “It is evident that Brandeis' thesis was based on the assumption that the most important thing for competition is the structure of the market, including the number of players, which is in line with the structuralist model of the Harvard School” (GUIMARÃES, 2021).

17 From the earliest days of antitrust laws in the United States, the promotion and preservation of democracy was one of the goals of the drafters and supporters of state and federal antitrust law. While the political content of antitrust law in the United States has waxed and waned over the ensuing decades, competition law and policy has always recognized the need for a pluralism of economic actors and interests (WALLER, 2019, p. 807).

18 As explained by Buchain (2014, p. 235), another school [Harvard School], called the non-economic or public interest approach, argues that competition policy stems from multiple values, which are not easily quantified nor can they



sense, as it pursues meta-legal or socio-political ends.<sup>19</sup> It so happens that this broad definition of antitrust, with multiple objectives aimed at social aspects, biggended to fear several dominant companies in their markets of been penalized by antitrust authorities. Considering that since 1897 the Supreme Court had understood that the protection of consumers and small businesses should be the central objective of antitrust policy, the emergence of criticisms of this position in the 1960s should not be viewed as strange,<sup>20-21</sup> but as a battle for the economic power of the companies.

#### 4. A BRIEF OVERVIEW OF THE CHICAGO SCHOOL

The Harvard School advocated for the protection of a deconcentrated market structure, with the greatest possible number of economic agents, preferably small companies, preventing the formation of oligopolistic or monopolistic markets. In contrast to this vision, in the 1960s and 1970s, the Chicago School developed. It was deeply influenced by neoliberal thinking, by the increase in international competition, and by the dynamism of the global economy.

Members of the Chicago School argued that state intervention would do more harm than good to consumers and the market,<sup>22</sup> because it would disincentivize companies to be more efficient, preventing economic growth.<sup>23</sup> Consequently, false convictions about the role of antitrust imposed on the basis of structuralist thinking would be extremely harmful to the economy, especially when

---

be exclusively represented and reduced to the objective concept of economic efficiency, this is because the multiplicity of values reflected in the entire social culture and its institutions must be received as elements of application for the defense of competition.

19 As also shown by Buchain (2014, p. 248): Attempts to add so many objectives into competition policy tend to generate an incorrect interpretation and a distortion of its application. It is unlikely that a legislative framework will express clear and economically accurate patterns of behavior in the competitive market when trying to achieve different goals. On the contrary, laws of this nature can generate market distortions and weaken the competitive process.

20 Bork (1978, p. 133) explains: First, antitrust enforcement is a very costly procedure, and it makes no economic sense to spend resources to do as much harm as good. There is then a net economic loss. Second, private restriction of output may be less harmful to consumers than mistaken rules of law that inhibit efficiency. Efficiency that may not be gained in one way may be blocked because other ways are too expensive, but a market position that creates output restriction and higher prices will always be eroded if it is not based upon superior efficiency. Finally, when no affirmative case for intervention is shown, the general preference for freedom should bar legal coercion.

21 Critical to any coherent antitrust policy is administrability. Simply ticking off concerns and assigning them to antitrust policy is worse than useless unless the concerns can be tied to a coherent set of rules for determining liability and remedies. For example, if we say that small-business protectionism should be an antitrust goal then we must have antitrust rules for implementing it. A rule that simply says that in every antitrust dispute the smaller firm or interests aligned with it should win would drive the economy into the stone age. We would end up condemning mergers simply because they reduce costs, above cost price cuts because smaller firms are unable to match them, or cost-saving vertical integration because unintegrated firms cannot claim the same cost savings. So where does one draw the line? One serious advantage of an output-maximizing rule is that it provides a rational target to shoot at, although one must not exaggerate the ease of implementation (HOVENKAMP, 2018, p. 109).

22 Faced with this excess of state intervention, the Chicago School came to understand that the authorities ended up incurring two types of errors in their decisions. On the one hand, there would be Type I errors, consisting of false acquittals, that is, illicit conduct which is not repressed by the authority. On the other hand, there would be type II errors, considered the worst by this school, which consisted of wrongful convictions, that is, lawful and efficient conducts that ended up being condemned by the authorities, resulting in false convictions.

23 According to Schapiro (2018, p. 745): The fundamental danger that 21st century populism poses to antitrust in that populism will cause us to abandon this core principle and thereby undermine economic growth and deprive consumers of many of the benefits of vigorous but fair competition. Economic growth will be undermined if firms are discouraged from competing vigorously for fear that they will be found to have violated the antitrust laws, or for fear they will be broken up if they are too successful.

applied to rational economic agents,<sup>24</sup> since their practices would be lawful, pro-competitive, and beneficial to the consumer in most of the cases. Thus, an argument that emerged in the 1960s was that a multidimensional and sociopolitical approach to competition law would lead to inconsistent reasoning regarding its application, which would have culminated in the undesirable consequence of imposing similar condemnation on both anti-competitive and competitive practices.<sup>25</sup>

In this scenario, the alleged instrumentalization of competition law, along with the lack of clarity regarding the application of existing competition rules, would cause, according to those liberals, enormous legal uncertainty, since there would have no predictability of which practices could be conducted by companies, especially those that held market power.

As explained in the third chapter, the Harvard School played a fundamental role in the development of the North American competition defense policy. Its theoretical basis was fundamental to allow large conglomerates that abused their economic and political power to be dismantled, putting brakes on economic liberalism. However, despite its importance, some authors argued that it ended up bringing some degree of legal uncertainty to the market and also stunting economic growth.

This school was strongly influenced by neoliberal thinking and had an extremely benevolent view of companies. It believed that the market would be capable of self-regulation and that state intervention, regardless of its mechanism, had greater potential to harm the market than to correct its failures. Not by chance did this school understand that vertical practices would be, for the most part, beneficial and would have the power to maximize the well-being of the consumer. Taking liberal values to the extreme, the Chicago School stated that the State should not intervene in the economic domain to prevent those conducts. Furthermore, it considered that even cartels should not be seen as a long-term problem, as their instability<sup>26</sup> and the interest of other agents in maximizing wealth would lead to the end of the collusive conduct.

Thus, the Chicago School considered the conception of the Harvard School that concentration consisted in a market flaw naive. For Chicago, market concentration was one more point to consider, but in no way could it be the core of competition law. Through scholars Robert Bork, Frank Easterbrook, Richard Posner, and Bowman Jr., the Chicago School consolidated the understanding that antitrust law should focus exclusively on economic welfare through efficiency, since, for them, competition is related to the ability to expand supply. Furthermore, it argued that antitrust policy would not need to concern itself with increasing purchasing power, as it would achieve this objective indirectly, by prohibiting cartels and monopolies, focusing solely on market efficiency.

---

24 For further information on the discussion of game theory and rational economic agents, see Ros (2021).

25 It is conventional to call such “errors” in the application of the antitrust law as being type I errors and type II errors. The Type I Error, or “False conviction”, consists of the mistake of condemning a company for practices that are actually pro-competitive. In turn, the Type II Error, or “False acquittal”, refers to the acquittal of a company involved in anticompetitive practices.

26 Its instability, on the other hand, is a consequence of the difficulties inherent in the prolonged maintenance of illicit schemes with collective participation and, above all, of the gains inherent in timely breaches and secret betrayals: if the illicit agreement exists and, for example, one of the participants offers the good to eventual consumers for a value lower than that agreed by the cartel, the latter can substantially increase its earnings, even above those obtained by core agreement member. These two factors represent the great difficulty and possibilities that open up to the leniency agreement. In order to obtain confessions, it is therefore necessary to create a complex system of incentives, which makes it more attractive for the offender to choose to confess and stop earning the gains he had been obtaining through the practice of the infraction (RUFINO, 2015, p. 52).



In short, and unlike the structuralist school, the Chicago School relied on two main assumptions: (i) the best antitrust policy available in the real world to maximize efficiency was the one obtained from the neoclassical price theory; and (ii) economic efficiency whose results are shared with the consumer would be the antitrust objective.<sup>27</sup> And here is the catch of this school of thought: it sought to eliminate sociopolitical concepts from the analysis of competition law<sup>28</sup> and indicate that it should focus exclusively on an economic concept: consumer welfare:

*If consumers lose from a practice, then it is counted as inefficient, or anticompetitive, even if producers gain more than consumers lose. The consumer-welfare model is fundamentally neoclassical in its understanding of markets, but it articulates the goal of antitrust as higher output, and thus lower prices (HOVENKAMP, 2018, p. 89).*

In other words, the Chicago scholars undermine the theoretical basis of the Harvard School, as it proposes that it was not the role of the state to maintain a plural market structure, but rather to encourage companies to be efficient and always seek to maximize consumer welfare,<sup>29</sup> regardless of market structure: oligopoly, monopoly, or a perfectly competitive market.<sup>30</sup> The main focus of this thought, therefore, was economic efficiency leading to consumer welfare.<sup>31</sup> By pursuing consumer welfare, antitrust law would not need to look for any other objective.

Following this school, it came to be common sense that companies should compete vigorously for consumers, which would mean lowering the price of products, in addition to creating more innovative products. Efficiencies achieved would be passed on to consumers, which would imply an improvement in consumer welfare. In this sense, objectives such as income distribution, price reduction per se, among other socio-political objectives, would be unnecessary<sup>32</sup> and even undesirable, as they could give rise to legal uncertainties.

In this scenario, the Chicago School began to develop, based on liberal values, being a more permissive line of thought with vertical and unilateral practices. It is precisely this allegedly permissivity that has led to criticism of the Chicago School, as will be discussed throughout the next

27 As explained by Bork (1978, p. 91) [t]he whole task of antitrust can be summed up as the effort to improve allocative efficiency without impairing productive efficiency so greatly as to produce either no gain or a net loss in consumer welfare.

28 In 1980, American antitrust law had no “paradigm” in the sense of loss or gain that could be calculated. Antitrust was guided by principles. It was for diversity and access to markets; it was against high concentration and abuses of power. Powerful firms were assumed to have incentives to use their power. AAG Baxter introduced a new perspective and a paradigm. He did so most powerfully through merger guidelines.<sup>3</sup> The perspective was that business acts are usually efficient (welfare increasing) and should be presumed so. The paradigm was that mergers and conduct are not anticompetitive in the eyes of the antitrust law unless they reduce consumer surplus (FOX, 2013, p. 3).

29 Greater antitrust enforcement generally would improve the distribution of income and wealth by reducing the impact of market power, particularly if the agencies fully embrace the consumer welfare standard (BAKER; SALOP, 2015, p. 19).

30 Basic economic theory demonstrates that when firms have to compete for customers, it leads to lower prices, higher quality goods and services, greater variety, and more innovation. [...] When there is insufficient competition, dominant firms can use their market power to charge higher prices, offer decreased quality, and block potential competitors from entering the market—meaning entrepreneurs and small businesses cannot participate on a level playing field and new ideas cannot become new goods and services (BOUSHEY; KNUDSEN, 2021, p. 6).

31 Thus, for the reasoning which underpins the economic approach, competition policy has the sole objective of maximizing economic efficiency. According to this view, public policies regarding competition do not admit the selection of sociopolitical objectives, such as the reduction of regional inequalities and others that were designated in the Brazilian Constitution, rejecting them as intrinsic to competition policy because they depend on the judgment of subjective values and, therefore, are impossible to consistently apply to competition law (BUCHAIN, 2014, p. 235).

32 As brilliantly explained by Elzinga (1977, p. 1194).

chapter.

## 5. A BRIEF OVERVIEW OF THE NEO-BRANDESIANISTS AND THE MIDLIFE CRISIS OF THE ANTITRUST GOALS

For decades, the use of the consumer welfare concept was the main target of the antitrust law<sup>33</sup> and allegedly provided greater legal certainty for companies following state investigations.<sup>34–35</sup> It so happens that for the neo-Brandesianists, referred to as “antitrust hipsters”<sup>36</sup> or “romantics”,<sup>37</sup> the use of a strictly economic concept made antitrust law very permissive, which caused – or at least contributed to – several problems,<sup>38</sup> such as concentration of wealth, economic concentration, increased inequality, increased profit margins without passing on efficiencies to consumers, among others.<sup>39</sup>

This “new” movement defends a return to the origins of antitrust, through which the authorities should stop using a single economic concept and should reorient antitrust towards other

---

33 The adoption of the consumer welfare standard as antitrust’s lodestar has come with numerous benefits that have reoriented antitrust jurisprudence over the last fifty years to more effectively protect competition. At its core, the consumer welfare standard provides a coherent, workable, and objective framework to replace the multiple, and often contradictory, vague social and political goals that governed antitrust prior to the modern era. By providing a disciplined framework for antitrust analysis, unified under a singular objective, the consumer welfare model fosters the rule of law and helps prevent arbitrary or politically motivated enforcement decisions. Similarly, promoting the use of the consumer welfare approach by competition authorities worldwide reduces the opportunity for enforcers to use their domestic competition laws to pursue non-economic objectives, including a protectionist agenda that targets U.S. and other foreign businesses. By realigning antitrust under a singular objective grounded in economics, the consumer welfare standard heralded the advent of the modern antitrust revolution that squarely rejects populist desires to balance multiple non-economic factors in favor of a consistent and coherent framework focused on the straightforward, but elegant, question of whether a transaction or commercial arrangement makes consumers better off (WRIGHT et al., 2019, p. 11).

34 But a strictly followed consumer-welfare approach, condemning a restraint or practice only when it realistically threatens an anticompetitive output reduction, has one additional advantage: properly followed, it gets antitrust out of the business of favoring particular special-interest constituencies other than consumers themselves (HOVENKAMP, 2018, p. 93).

35 Antitrust jurisprudence went from being confused and ineffective to the modern doctrine that can – and does – effectively protect consumers and prevent anticompetitive business practices while allowing practices that are a normal part of the competitive process and benefit consumers (WRIGHT et al., 2018, p. 8).

36 As explained by Schmidt (2018, p. 1), hipster antitrust is a terminology that was coined by attorney Konstantin Medvedovsky in June 2017, having been popularized with the help of former FTC advisor Joshua D. Wright.

37 “Romantics are taking over the antitrust law” [...] Overall, the effectiveness of antitrust authorities should be enhanced by applying reason to antitrust law rather than fears, feelings, or sentiments. The romance must be taken out of antitrust. [...] Antitrust law is the subject of numerous debates questioning its effectiveness in the digital age (SCHREPEL, 2020, p. 2).

38 According to Foer and Durst (2018) the consumer welfare model designated as the exclusive goal for antitrust is both confusing and incomplete. In the same way Wu (2018) points that the good faith version of the consumer welfare standard has failed on its own terms. Hoping to impart a scientific-like certainty to the antitrust law, it has not succeeded; and instead run into the limits of a legal system to assess the full range of costs and benefits that would be necessary to the enterprise. This single objective neglected a range of harms important to the health of the economy among others dynamic costs, quality effects, and projected prices, let alone potential harms to labor markets and political considerations.

39 As pointed by Schapiro (2018, p. 718), a number of progressive think tanks and advocates have issued reports over the past two years documenting the decline in competition in the American economy, linking that decline to increasing inequality, and offering policy proposals to reinvigorate competition policy. The American Antitrust Institute (2016), a respected organization long committed to more effective antitrust enforcement, published a report in June 2016 entitled “A National Competition Policy: Unpacking the Problem of Declining Competition and Setting Priorities Moving Forward”. This report lists three main symptoms of declining competition: rising concentration, higher profits to a few big firms combined with slowing rates of start-up activity, and widening inequality gaps. The report rather boldly claims (AAI, 2016, p. 7): “There is a growing consensus that inadequate antitrust policy has contributed to the concentration problem and associated inequality effects”.

objectives, such as social and political objectives.<sup>40</sup> This “return to the origins”<sup>41</sup>, *ie*, the birth of antitrust law, would turn competition policy to broader objectives, renouncing the principles of the Chicago School.<sup>42 43</sup>

Lina Khan, one of the main exponents of this movement, antitrust authorities should take into account other principles for the achievement of antitrust policy, choosing a holistic approach to identify the damage caused by dominant companies, recognizing that violations of competition law would harm workers, independent companies, and consumers.<sup>44</sup> It so happens that antitrust objectives seem to be under a midlife crisis.

## 6. THE DISCUSSION IN THE BRAZILIAN PERSPECTIVE

Despite the vigorous debate regarding the objectives of the Antitrust Law, especially in the United States, the scenario seems different in the Brazilian jurisprudence.

The case law in Brazil and the Brazilian legislation seems to identify the existence of multiple objectives for the competition law. In this sense, both the Brazilian Constitution and antitrust law enumerate several social objectives for the economic order and antitrust policy. As we can see from

---

40 The previous articles in this series showed the need for Antitrust Law to take into account other objectives than mere consumer protection, even more so when this purpose is considered by the restrictive bias of the consumer welfare standard, in the terms proposed by the Chicago School. [...] More than that, new approaches, insofar as they go beyond the single-pointed vision of Antitrust Law, not only do not ignore the need for consumer protection, but also seek to do so in an even broader and more comprehensive way. effective, overcoming a series of problems related to the restrictive criterion of maximizing consumer welfare. For this reason, criticisms are pertinent in the sense that consumer protection must (i) be expanded, seeking to redeem its commitments not only regarding lower prices, but also quality, diversity, and innovation; and (ii) be effective, no longer content with mere presumptions and conjectures, many of which depend on a series of variables in the long term, and must be based on the real assessment of the impacts of the actions of the agents holding economic power over consumers both in the short, medium, and long term (FRAZÃO, 2020). For this group of scholars, antitrust should concern itself not only with the effects of anticompetitive conduct and concentrated market structures, but also with the effects on social problems, which range from the effects of a more unequal society to the harmful effects of climate change, passing by themes of “national interest” (whatever that means). In this sense, the criticism made is that observing consumer welfare and economic efficiency (ideas concerning the old Chicago school) would no longer be sufficient antitrust policy objectives and these should change, in order to achieve the welfare of the society, in a holistic way, incorporating a series of issues, such as equity and worker welfare (SCHMIDT, 2018).

41 According to Khan (2018, p. 6), democrats, meanwhile, last year identified renewed antitrust as a key pillar of their economic agenda, promising to “revisit our antitrust laws to ensure that the economic freedom of all Americans—consumers, workers, and small businesses—come before big corporations that are getting even bigger.”

42 At its core, the Hipster Antitrust movement calls for a total rejection of the commitment to economic methodology and evidence-based policy that lies at the heart of modern antitrust enforcement. The Hipster Antitrust movement would reject Chicago School free marketers’ approach to antitrust just as readily as it would Post-Chicago interventions. [...] These include a return to “big-is-bad” antitrust enforcement based upon firm size without regard for effect on consumers, making presumptively unlawful broad categories of mergers and acquisitions outright (e.g., all mergers beyond a certain size threshold even in the absence of potential horizontal or vertical issues), and abandoning the consumer welfare standard to take into account effects on income inequality and wages (WRIGHT et al., 2019, p. 5).

43 Hovenkamp (2021) points out that is necessary to be careful about those changes. Although the progressive wing of antitrust does a better job of identifying the economic problems that the economy faces, some of its proposed solutions are calculated to make them worse. The pursuit of business concentration or bigness for its own sake will injure consumers far more than it benefits small business, the intended beneficiaries. A proposal to forbid large platforms from selling their own products in competition with the products of others will harm both consumers and small business, although it will benefit some large firms.

44 There are a few key principles that should animate the agency’s approach across its work. First, we need to take a holistic approach to identifying harms, recognizing that antitrust and consumer protection violations harm workers and independent businesses as well as consumers (KHAN, 2021, p. 1).

the Brazilian Constitution,<sup>45</sup> the economic order is founded on several sociopolitical objectives, such as (i) national sovereignty; (ii) private property; (iii) social function of property; (iv) free competition; (v) consumer protection; (vi) environment protection, (vii) reduction in regional and social inequalities; (viii) pursuit of full employment; (ix) preferential treatment for small-sized enterprises.

In this scenario, once the Brazilian Constitution raised several sociopolitical objectives, it would be inaccurately to establish one single goal for the Competition Law in Brazil. Echoing this position, Frazão (2020) explains that although the Constitution (art. 173 § 4) makes clear concerns regarding the abuse of economic power, the major law also establishes other objectives for the economic order (art. 170), as mentioned above. According to the author, the Constitution highlights other important principles that need to be equally considered while applying the Law. Therefore, the author explains that “from the constitutional point of view, the single-pointed view of Antitrust Law is not justified, only focused on consumer protection”.

Consequently, the antitrust law should be guided not only by the economic objective of consumer welfare but take into consideration other sociopolitical objectives. According to Borges (2020) in extensive research of the jurisprudence of acts of economic concentration from 1994 to 2008, the orientation of a single-point objective led to an exaggeration of efficiency-based antitrust objectives and blindness to non-efficiency-based antitrust objectives, which contributed to the generation of economic inequalities. Also, some economic studies have indicated that in the US markets have become more concentrated, companies have started to realize higher profits while employee salaries and working conditions have worsened, which has led to the current questioning of the antitrust *status quo*.<sup>46</sup>

Regarding case law in Brazil specifically, there are some precedents that mentioned the discussion about the objectives of antitrust. However, this matter has never been a real point of interest for our competition authority. The Brazilian author Eric Jasper (2019, p. 2) mentions that the “Brazilian Competition Law presents diffuse objectives and jurisprudence of CADE was not able to expressly articulate an objective or set of objectives for the defense of competition in Brazil”. The author has conducted a review of the jurisprudence and has analyzed 95 documents, such as cases, normative rules, technical notes, and concluded that the Brazilian Competition Policy fails to define adequately the objectives of the Law.

In these cases, the antitrust authority has defined the objective of the antitrust policy in several different scenarios, such as (i) the preservation of freedom of initiative, free competition, the social function of property, consumer protection, and repression of the abuse of economic power; (ii) economic well-being; (iii) consumer welfare; (iv) the protection the competition itself; (v) efficient

---

45 Article 170. The economic order, founded on the appreciation of the value of human labor and on free enterprise, is intended to ensure everyone a dignified existence, according to the imperative of social justice, with due regard for the following principles: I – national sovereignty; II – private property; III – social function of property; IV – free competition; V – consumer protection; VI – environment protection, which may include differentiated treatment in accordance with the environmental impact of goods and services and of their respective production and delivery processes; (CA 42, 2003) VII – reduction in regional and social inequalities; VIII – pursuit of full employment; IX – preferential treatment for small-sized enterprises organized under Brazilian law and having their headquarter and management in Brazil (CA 6, 1995).

46 Several economic studies emerged in this period. As an example, we quote Baker and Salop (2015, p. 14): “To the contrary, median income and wealth both declined in real terms between 2010 and 2013. Over essentially the same period, the real income of the top 1% grew by 31.4%,<sup>4</sup> and the income share of the top 1% increased from 17.2% to 19.8%. The fact that economic growth has effectively been appropriated by those already well off, leaving the median household less well off, raises serious economic, political, and moral issues.” An example of this discussion was brought by journalist Catherine Rampell (2015).

allocation of resources in the economy; (vi) social policies and social effects; (vii) among others.

Also, in a recent case,<sup>47</sup> CADE's General Superintendence has issued a technical note suggesting that the three major telecom companies should be sanctioned for collusive behavior in a public bid in which they participated together. The judgment has not finished, but it was mentioned the fact the discount provided of approximately 20% should be relativized and could not be considered as an undisputed proof of efficiency.

The Federal Prosecutor has issued a Technical Note in which indicated that “[h]owever, the gains of efficiencies cannot be competition cost. There must be a balance between efficiency and broad competition, even despite the legal provision of the consortium institute in public bids.”<sup>48</sup> It seems, by this position, that the achievement of efficiencies and consequently the price reduction for the consumer, which seems to be the foundation stone of the Chicago School has been relativized.

In this way, it is worth mentioning that also the Brazilian Antitrust Law fails to establish a single objective for our antitrust policy, when it defines on its first article that “[t]his Law structures the Brazilian System for Protection of Competition - SBDC and sets forth preventive measures and sanctions to the violations against the economic order, guided by the constitutional principles of free competition, freedom of initiative, social function of property, consumer protection and repression against the abuse of the economic power.” Since the existence of several different objectives, it is not a surprise, in the same way, that concluded Jasper (2019), that our jurisprudence is not able to correctly articulate an objective or set of objectives for the defense of competition in Brazil.

Considering the midlife crisis of the antitrust goals in the United States, it is possible to assess that Brazil is under an adolescent crisis but has not become aware of that yet.

## 7. CONCLUSION

In conclusion, antitrust law was born to fight trusts. At the time, the means used to tackle the activities of these large conglomerates and cartels were irrelevant. What mattered was the purpose, which gave rise to a law based on multiple sociopolitical objectives. This fact was extremely important and enabled competition law to achieve its intended purpose at that time. It so happens that having different goals allowed competition law to be used to pursue different purposes. Supported by the Harvard School, antitrust authorities sought to deconcentrate markets.

Later the purpose of antitrust law became the maintenance of deconcentrated market structures with the greatest possible number of agents, preferably small ones. Mergers and acquisitions and vertical practices came to be considered illegal.

The Chicago School then began to advocate for the use of a single economic concept, that of consumer welfare, so that the state should only intervene if economic practices negatively impacted consumer welfare. After decades of being widely used, this vision came to be considered too permissive, as it opened the door for the resurgence of large corporations. This permissivity came to be questioned by neo-Brandesians.

The Neo-Brandesians claim a return to the origins of antitrust law,<sup>49</sup> guided by the expansion

47 Brazil. Administrative Process n. 08700.011835/2015-02.

48 Technical Note n. 05/2021/WA/MPF/CADE.

49 Horton (2018) points that it is time to return to an antitrust regulatory system that better reflects Congress's dynamic

of the objectives of competition law, which should be concerned with political, social, and economic issues. This vision, however, encountered enormous resistance, as it is believed that it would mean a return to legal uncertainty and economic disorganization which were the downfall of the Harvard School.

It is undeniable, however, that neo-Brandeisians sought to debate highly relevant points, such as the reduction of inequalities, workers' wages, concerns about democracy, political systems, among others. Ignoring the school's criticisms and simply trying to dismiss them by calling them romantic or hipsters does not seem to be smart. Competition law will need to deal with new problems, such as access to data,<sup>50</sup> income distribution, and workers' wages, in addition to other social and political issues.

This is a new reality that brings a new discussion and new problems. Ignoring this new perspective is just like a grown man ignoring adulthood problems. Just like in our lives, facing new dilemmas does not mean that we have to question the journey and rethink everything that we have achieved. In this sense, the mere existence of sociopolitical problems and digital concerns does not necessarily mean that antitrust should go back to its origins and have more than a single economic objective.

This scenario about new dilemmas, new problems, and new perspectives for antitrust seems clear in the USA, in which especially the big techs obliged the antitrust doctrine to rethink the competition police. Synthetizing this position Newman (2022) mentions that the link between output and consumer welfare would break down once a variety of conduct would push output and welfare in opposite directions.

As examples of practices that could push consumer welfare and output in different directions the author mentions: (i) creating, exploiting, or alleviating Information asymmetries'; (ii) externalizing costs; (iii) coercion, contractual tying, technological tying, foreclosure strategies, (iv) Interbrand vertical restrain; (v) among others.<sup>51</sup> Once output and consumer welfare might not be pointing at the same direction "outputist analysis is often unworkable in markets—for labor, social networking, online search, and more— that are of particular interest to contemporary antitrust" (NEWMAN, 2022, p. 1).

However, the discussion is well developed in USA, this scenario seems different in Brazil. This stem from the fact that most of the discussion of the "contemporary antitrust" comes from the big techs which created and established zero price markets in which the consumer welfare perspective based solely on price is maybe inapplicable.

As a teenager, Brazilians know the discussion, but stills without a clear definition of what are the objectives of antitrust, especially when considering the case laws judged by CADE. Although the Brazilian Competition Authority has issued some precedents that mentioned the discussion, this matter has never been a real point of interest for our competition authority.

---

historical balancing and blending of multiple fundamental American social, political, moral, and economic values. To do so, we must begin rediscovering antitrust's lost values, and recommence our historic pursuit of an ethical, moral, and fair free-enterprise system truly devoted to the long-term economic and social welfare.

50 For further information see Motta (2021).

51 Although the possibility of some practices could lessen the competition, it is important to establish that most of the conducts mentioned by the author could be analyzed and condemned taking into consideration the consumer welfare objective.

Also, however the case laws usually mention economic parameters, it seems that in Brazil the discussion also should take into consideration the existence of other principles to guide the economic order besides a single economic orientation. Once those principles are indicated in the Brazilian Constitution and in the Brazilian Competition Law, this debate about the objectives will probably emerge in the future, when we have become adults. Now, we can see Brazil is going through a quarter life crisis merely focusing on early discussions about Harvard, Chicago, and the New Brandesians.

## 8. REFERENCES

THE AMERICAN ANTITRUST INSTITUTE (AAI). **A National Competition Policy: Unpacking the Problem of Declining Competition and Setting Priorities Moving Forward**. Washington: The American Antitrust Institute, 2016.

BAKER, Jonathan B.; SALOP, Steven C. Antitrust, competition policy, and inequality. **The Georgetown Law Journal Online**, fev. 2015. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2567767>.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Origens do Direito da Concorrência. **Revista da Universidade de São Paulo**, v. 91, p. 3-26, 1996.

BORGES, Rodrigo Fialho. **Descontrole de estruturas: dos objetivos do antitruste às desigualdades econômicas**. 2020. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

BORK, Robert. **The antitrust paradox: a policy at war with itself**. Nova York: Basic Books, 1978.

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

BOUSHEY, Heather; KNUDSEN, Helen. The importance of competition in the american economy. **The White House**, July 9, 2021.

BUCHAIN, Luiz Carlos. Os objetivos do direito da concorrência em face da ordem econômica nacional. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**, Porto Alegre, v. 9, n. 1, 2014.

DINIZ, Davi Monteiro. Contra ilegais monopólios e restrições à atividade econômica: a Lei Sherman de 1890. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 73, p. 173-204, jul./dez., 2018.

ELZINGA, Kenneth G. The goals of antitrust: other than competition and efficiency, what else counts? **University of Pennsylvania Law Review**, v. 125, p. 1191-1213, 1977. Disponível em: <https://bit.ly/3TGjEA6>.

FERRAZ, André Santos. As abordagens teóricas sobre atos de concentração das Escolas de Harvard e Chicago. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 2, n. 2, p. 180-206, nov. 2014.

FOER, Albert Allen; DURST, Arthur Durst. The multiple goals of antitrust. **The Antitrust Bulletin**, v. 63, n. 4, p. 494-508, 2018.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FOX, Eleanor M. Against goals. **Fordham Law Review**, v. 81, n. 5, 2013.

FRAZÃO, Ana. Um direito antitruste para o século XXI. **Jota**, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3UGph2d>.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES Juliana Oliveira. **Direito antitruste: o combate a cartéis**. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIMARÃES, Marcelo Cesar. O hipster antitrust seria realmente neo-brandeisiano? **Jota**, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3EDcF6H>.

HORTON, Thomas J. Rediscovering antitrust's lost values. **The University of New Hampshire Law Review**, New Hampshire, v. 16, n. 2, p. 179-242, 2018. Disponível em: [https://scholars.unh.edu/unh\\_lr/vol16/iss2/27](https://scholars.unh.edu/unh_lr/vol16/iss2/27).

HOVENKAMP, Herbert J. Progressive antitrust. **University of Illinois Law Review**, v. 71, 2018. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/1764](https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1764).

HOVENKAMP, Herbert J. The looming crisis in antitrust economics. **Boston University Law Review**, v. 101, p. 101-157, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3ECneXD>.

JASPER, Eric Hadmann. Paradoxo tropical: a finalidade do direito da concorrência no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 7, n. 2, 2019. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/424>.

KHAN, Lina M. The ideological roots of America's market power problem. **The Yale Law Journal Forum**, v. 960, June 4, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3ECijpr>.

KHAN, Lina M. **Vision and priorities for the FTC**. Federal Trade Commission: Washington, 2021.

MCCRAW, Thomas K. **Prophets of regulation**. Harvard University Press: Cambridge, 1984.

MOTTA, Lucas Griebeler da. **Análise multijurisdicional de aquisições centradas em dados**: diagnóstico atual e propostas de política pública para o Brasil. São Paulo: Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, 2021.

NEWMAN, John. M. The output-welfare fallacy: a modern antitrust paradox. **Iowa Law Review**, Iowa, v. 107, n. 563, p. 563-619, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3EELtoc>.

PITOFISKY, Robert. The political content of antitrust. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 127, p. 1051-1075, 1979.

POSNER, Richard. Antitrust in the new economy. **Law & Economics Working Papers**, n. 106, p. 2-11, 2000. Disponível em: <https://bit.ly/3V3rtko/>.

RAMPELL, Catherine. Republicans have started to care about income inequality. **The Washington Post**, Washington, Jan. 22, 2015. Disponível em: <https://wapo.st/3UAvVHr>.

ROS, Luiz Guilherme. **Teoria dos jogos para celebração de acordos**: uma análise das ações penais da Lava Jato. Brasília: WebAdvocacy, 2021.

RUFINO, Victor Santos. Análise da conformação normativa do Programa de Leniência Brasileiro à luz da Teoria dos Jogos. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 47-64, maio 2015.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 2007.

SCHAPIRO, Carl. Antitrust in a time of populism. **International Journal of Industrial Organization**, n. 61, p. 714-748, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3AkZIM4>.

SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira. Hipster antitrust: poder de mercado e bem-estar do consumidor na era da informação. **Jota**, São Paulo, 28 dez. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3Og1SIV>.

SCHREPEL, Thibault. Antitrust without romance. **NYU Journal of Law & Liberty**, New York, n. 326, 2020.



Disponível em: <https://bit.ly/3ECuPFq>.

STUCKE, Maurice E. Reconsidering antitrust's goals. **Boston College Law Review**, Boston, v. 53, p. 551-629, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3GnmqHs>.

WALLER, Spencer Weber. Antitrust and democracy. **Florida State University Law Review**, v. 46, p. 807-860, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3O9s4Pe>.

WRIGHT, Joshua D. *et al.* Requiem for a paradox: the dubious rise and inevitable fall of hipster antitrust. **Arizona State Law Journal**, v. 51, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/36qYHUB>.

WRIGHT, Joshua D. *et al.* The dubious rise and inevitable fall of hipster antitrust. **Arizona State Law Journal**, 2019. Disponível em: <http://bit.ly/2r5jNoY>.

WU, Tim. The “protection of the competitive process” standard. **Columbia Public Law Research Paper**, n. 14-612, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3UY5rjv>.

#### **COMO CITAR ESTE ARTIGO:**

LINHARES, Athayde Amanda; ROS, Luiz Guilherme. The midlife crisis of the antitrust goals: where does the Brazilian Competition Authority stand among Harvard, Chicago and Neo-Brandesianists? **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 7-23, 2022.

# 2

## A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DA CONCORRÊNCIA BRASILEIRA

The Public Prosecutor's Offices and the competition defense in Brazil

Stephanie Vendemiatto Penereiro<sup>2</sup>

Universidade de Brasília (UNB) - Brasília/DF, Brasil

Wagner José Penereiro Armani<sup>3</sup>

Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas) - Campinas/SP, Brasil

### RESUMO ESTRUTURADO

**Contexto:** A atuação do Ministério Público na defesa da concorrência ganhou centralidade com a Constituição Federal de 1988, que estabeleceu a livre concorrência como princípio da ordem econômica e bem de titularidade coletiva. A relevância das atribuições do Ministério Público torna-se nítida a partir do multifacetamento de suas estratégias de atuação, que perpassam pelos três pilares da defesa da concorrência brasileira: esferas cível, penal e administrativa.

**Objetivo:** O artigo possui como objetivo demonstrar – a partir da retomada das frentes de atuação do Ministério Público e da análise de casos concretos –, que ao mesmo tempo que a complexidade da atuação do *Parquet* indica sua centralidade na defesa da concorrência, também vem provocando debates acerca de possíveis limites, divergências e novas estratégias de atuação.

**Método:** O artigo foi estruturado a partir da retomada das frentes de atuação do Ministério Público e da análise de casos concretos recentes.

**Conclusões:** Os resultados demonstram que a atuação do Ministério Público na defesa da concorrência é central, ao mesmo tempo em que vem provocando debates acerca de possíveis limites, divergências e novas estratégias de atuação. A importância da atuação do Ministério Público na defesa da concorrência é notável, sendo necessário revisitar constantemente sua formatação dentro do projeto

**Editor responsável:** Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braido, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

**ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

**Recebido em:** 08/01/2022

**Aceito em:** 26/04/2022

**Publicado em:** 14/12/2022

2 Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Trabalhou como Chefe de Assessoria no Tribunal Administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Advogada em São Paulo/SP. **E-mail:** [stephaniepenereiro@gmail.com](mailto:stephaniepenereiro@gmail.com); **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/3657244167587179>. **ORCID:** <http://orcid.org/0000-0002-1588-1037>.

3 Doutor em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Professor de Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Escolhido como um dos advogados mais admirados pela Revista Análise: Advocacia 500 – anos 2017, 2019, 2020 e 2022. Advogado em Campinas/SP. **E-mail:** [wagner\\_adv@hotmail.com](mailto:wagner_adv@hotmail.com); **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/9104633990878083>. **ORCID:** <http://orcid.org/0000-0002-3130-001X>.



democrático de desenvolvimento econômico nacional.

**Palavras-chave:** Ministério Público; Conselho Administrativo de Defesa Econômica; direito da concorrência; ação de reparação de danos; ato de concentração; processo administrativo.

## STRUCTURED ABSTRACT

**Context (optional):** The Public Prosecution Office's role in antitrust enforcement in Brazil has become central with the 1988 Federal Constitution, which has established competition as a public and collective value. The relevance of the Public Prosecution Office's assignments is evidenced by the variety of its procedures, that involve all three main axes of Brazilian antitrust policy (administrative, civil and criminal).

**Objective:** This article aims to demonstrate, through the exposition of the Public Prosecution Office's activities and through the analysis of recent precedents, that as much as the complexity of the Public Prosecution Office's proceedings indicate its centrality in competition defense, it also has been arising administrative and judicial debates regarding possible limits, divergent positions and new strategies of its activities..

**Method:** The article was structured through the exposition of the Public Prosecution Office's activities and through the analysis of recent precedents.

**Conclusions:** The results indicate the Public Prosecution Office's centrality in competition defense, as well as highlight administrative and judicial debates regarding possible limits, divergent positions and new strategies of its activities. The centrality of the Public Prosecution Office's role in antitrust enforcement in Brazil is notable and it is necessary to constantly revisit its strategies considering the Constitution's democratic project for national economic development.

**Keywords:** Public Prosecution's Office; Administrative Council for Economic Defense; antitrust law; civil damage actions; merger review; administrative procedure.

**Classificação JEL:** H11; D18; K14; K15; K21; K42; Z18

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Atuação do Ministério Público no tripé de defesa da concorrência: esferas cível, penal e administrativa; 3. Ministério Público e Conselho Administrativo de Defesa Econômica: MPF-Cade e acordos de cooperação; 4. Ministério Público e concorrência: temas e debates contemporâneos; 4.1. Celebração e cumprimento de acordos de leniência; 4.2. Abertura de alegações finais após parecer do MPF-Cade; 4.3. Atuação do Ministério Público em atos de concentração e na estrutura dos mercados; 5. Considerações Finais; 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A defesa da concorrência visa assegurar a existência no mercado de competição por oportunidades de troca, garantindo que haja disputa entre os agentes econômicos. A livre concorrência é tida como importante princípio da economia capitalista, fazendo com que os empresários busquem

constantemente a melhoria de seus produtos e a redução dos custos produtivos, de modo a captar clientes e se manter no mercado (FORGIONI, 2018, p. 277-279).

Na Constituição Federal de 1988, a livre concorrência e a livre iniciativa<sup>4</sup> são previstas em conjunto com diversos outros princípios a serem perseguidos dentro do contexto de uma ordem econômica e de um projeto de desenvolvimento nacional, traçados de modo especial pelos artigos 3º, 170 e 219 do texto constitucional (BRASIL, 1988)<sup>5</sup>. A liberdade de iniciativa, a livre concorrência e a atividade empresarial, consideradas dentro do contexto constitucional, devem ser exercidas não apenas visando ao lucro, mas balizadas em conjunto com a promoção da justiça social, assegurando a todos existência digna (ARMANI; FERREIRA; JOVETTA, 2018, p. 187).

Nesse sentido, a livre iniciativa e a livre concorrência devem ser compreendidas, não apenas como liberdade de comércio e desenvolvimento empresarial, mas sim como princípios que coexistem harmonicamente com demais princípios constitucionais, voltados a conter o abuso de poder econômico e suas consequências para a sociedade (GRAU, 2000, p. 225-241)<sup>6</sup>. A defesa da concorrência se coloca não apenas como princípio a ser seguido e sopesado frente aos demais, mas enquanto ferramenta para a concretização de um projeto de política econômica maior e mais amplo<sup>7</sup>.

Nesse cenário, o direito da concorrência consiste em um conjunto de regras estruturadoras de uma política pública que procura regular as relações entre os agentes de mercado, visando a um ambiente de livre concorrência cujos destinatários finais são os consumidores e, assim, a coletividade (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 67). O direito concorrencial<sup>8</sup> não busca arbitrar lide privada entre dois agentes, mas a existência da concorrência em si mesma, ou seja, de um ambiente competitivo (ANDERS; PAGOTTO; BAGNOLI, 2012, p. 6)<sup>9</sup>. No direito da concorrência o bem tutelado é, portanto, coletivo, conforme estabelece o art. 170 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) e o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011a), e é nesse contexto que se torna evidente a relevância da atuação do Ministério Público.

A atuação do Ministério Público na defesa da concorrência se intensificou principalmente a partir da edição da Lei nº 8.884/1994 (FORGIONI, 2015, p. 122-123), que, entre outras providências, transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em autarquia federal,

4 Caio Mário da Silva Pereira Neto e Paulo Leonardo Casagrande (2016, p. 26-27) destacam as diferenças e a complementariedade entre os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência: “Embora possa haver certa semelhança entre ambos, eles não se confundem. O princípio da livre-iniciativa determina que indivíduos e pessoas jurídicas podem desenvolver qualquer atividade econômica, desde que atendidos, quando existentes, requisitos legais específicos (art. 170, parágrafo único). [...] Por sua vez, o princípio da livre concorrência visa a resguardar a disputa entre agentes econômicos no mercado, a qual só pode acontecer se não for indevidamente impedida pelo Estado (por meio de regras injustificadamente restritivas) ou pelos próprios agentes econômicos, seja por meio de acordos anticompetitivos entre si (principalmente cartéis), por práticas abusivas dos detentores de poder econômico, ou por operações de concentração econômica. [...] Como apontado acima, o poder econômico, que é fenômeno intrínseco das sociedades capitalistas com algum grau de industrialização, deve estar sujeito a controles estatais, sob pena de inviabilizar o próprio funcionamento regular dos mercados.”

5 Acerca do conceito de Constituição dirigente e do estabelecimento, pela Constituição Federal de 1988, de uma nova ordem econômica, ver: GRAU, 2000, p. 60-62; 199-200.

6 Acerca da relação entre concentração de poder econômico e poder político, ver: STIGLITZ, 2019. Sobre a importância do direito da concorrência para conter a estruturação e o abuso do poder econômico, ver: WU, 2018.

7 Sobre a harmonização do princípio da livre concorrência com os demais princípios constitucionais e sua importância para o controle do poder econômico, ver: FRAZÃO, 2017.

8 Para fins do presente artigo, ainda que não se negue a existência de diferenças entre os ordenamentos jurídicos e a compreensão dos termos jurídicos por eles utilizados, notadamente entre o direito brasileiro e o norte-americano, “direito da concorrência”, “direito antitruste” e “direito concorrencial” serão utilizados como termos sinônimos.

9 Acerca da evolução histórica e do afastamento da concepção privatística do direito da concorrência, ver: SALOMÃO FILHO, 2013, p. 63-66.



implementou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), consolidou e atualizou definições de infrações à ordem econômica e conferiu maior importância à análise de atos de concentração (CORDOVIL; CARVALHO; BAGNOLI; ANDERS, 2011, p. 17-23)<sup>10</sup>. O relevante papel do Ministério Público, todavia, se dá não apenas por sua atuação na esfera administrativa – em que atua no âmbito de processos em tramitação no Cade – mas também nas esferas cível e penal, estando presente em todas as bases que alicerçam o tripé da defesa da concorrência brasileira.

Este artigo busca analisar as múltiplas frentes de atuação do Ministério Público na defesa da concorrência dentro do projeto democrático brasileiro, a interação do Parquet com instituições judiciais e administrativas, assim como situar os principais desafios de sua atividade por meio da exposição de debates jurisprudenciais contemporâneos.

Para tanto, o primeiro tópico apresenta retomada das principais frentes de atuação do Ministério Público, perpassando pelas esferas cível, penal e administrativa. Em seguida, o segundo tópico aprofunda a análise da atuação conjunta e da relação cooperativa entre Ministério Público e Cade e sua importância para a defesa da concorrência. Por fim, o terceiro tópico analisa temas e debates jurisprudenciais contemporâneos envolvendo a atuação do Ministério Público na defesa da concorrência, refletindo aspectos práticos adicionalmente à teoria exposta nos demais tópicos, trançando perspectivas e desdobramentos futuros.

## **2. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO TRIPÉ DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: ESFERAS CÍVEL, PENAL E ADMINISTRATIVA**

A defesa da concorrência é estruturada pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir de um tripé, possuindo três frentes de atuação: penal, cível e administrativa. A centralidade e a relevância da atuação do Ministério Público na defesa da concorrência mostra-se evidente quando se verifica estar presente em cada uma dessas frentes.

No âmbito penal, a Lei nº 8.137/1990 (BRASIL, 1990b), em seu art. 4º, define como crime contra a ordem econômica a prática de cartel – ainda que sem se utilizar de tal nomenclatura –, ou seja, a conduta coordenada entre empresas com a finalidade de alterar as condições competitivas em um determinado mercado. Em se tratando de ação penal pública, compete ao Ministério Público a investigação em sede de procedimento investigatório criminal (ou como supervisor de investigações criminais realizadas pela Polícia Civil ou Federal em inquéritos policiais) e o oferecimento de denúncia perante o Juízo competente (LIMA, 2018, p. 7-8).

Evidente, portanto, a centralidade da atuação do Ministério Público na esfera penal para a tutela da concorrência, enquanto titular para a promoção de investigações e de ação penal pública. Entre 2017 e 2020, o Ministério Público Federal (MPF) (2020c) estima que 45 procedimentos criminais relacionados a práticas anticompetitivas tenham sido instaurados, entre ações penais, inquéritos policiais, procedimentos investigatórios criminais, procedimentos administrativos, inquéritos, peças de informação e notícias de fato.

Na esfera cível, o art. 47 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011a) estabelece que os prejudicados por uma infração à ordem econômica poderão ingressar em juízo, em nome próprio ou pelos legitimados referidos no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990a), para obter a

10 Acerca da atuação do Ministério Público sob a vigência da Lei nº 8.884/1994, ver: ALVES, 2001.

cessação de práticas que constituam a infração, além de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.

No sistema brasileiro, a reparação civil por danos decorrentes da prática de infrações à ordem econômica pode ser buscada, portanto, pelos particulares por meio de ação individual<sup>11</sup>, ou pelos legitimados à propositura de ação coletiva ou de ação civil pública<sup>12</sup>, entre os quais destaca-se o Ministério Público. Nesse sentido, o Ministério Público possui atribuição para promover inquérito civil e para ajuizar ação civil pública em defesa dos interesses difusos violados por práticas anticompetitivas, com o objetivo de obter ressarcimento dos danos morais e patrimoniais provocados à coletividade (LIMA, 2018, p. 7-8).

A reparação de danos na esfera cível consiste em importante mecanismo para fortalecer o sistema de defesa da concorrência. Isso porque a sujeição dos agentes econômicos à aplicação de sanções não apenas na esfera administrativa, mas também na esfera cível contribui para desincentivar a prática de infrações concorrenciais, sujeitando os agentes econômicos a sanções adicionais. Embora haja previsão normativa, o ajuizamento de ações indenizatórias por práticas anticompetitivas é ainda inexpressivo. Tal fato pode ser atribuído aos custos para o ajuizamento das demandas e à falta de habitualidade dos consumidores em processar os agentes econômicos em razão de práticas ilícitas, especialmente em razão de ilícitos concorrenciais (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 353).

Em relatório recente, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (2019, p. 139-140) destacou que o ajuizamento de ações de reparação de danos perante o Poder Judiciário brasileiro demanda que a parte autora comprove que sofreu danos em decorrência da infração<sup>13</sup>, bem como indique a duração da conduta. Tais demonstrações fazem com que o ônus da prova imputado ao consumidor seja considerável, de modo que as ações de reparação de danos propostas por particulares sem a existência de um processo correspondente no Cade ou sem a assistência do Ministério Público possuem baixa probabilidade de sucesso<sup>14</sup>. Nesse cenário, a atuação do Ministério Público para a propositura de ações coletivas e ações civis públicas torna-se ainda mais relevante, tendo sido responsável, tanto na esfera estadual quanto federal, pela maioria das

11 Importante destacar a existência de discussão acerca das relações entre direito da concorrência e arbitragem. Sobre o assunto, ver: BECKER, 2015, p. 239-270.

12 Ainda que doutrinariamente se discuta a diferenciação entre ações coletivas e ações civis públicas, havendo autores que defendam que a primeira seria gênero da qual a segunda seria espécie, o presente artigo adota a diferenciação feita por Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer (2004) em artigo sobre a tutela coletiva da livre concorrência. Como nos explica Pfeiffer, as ações civis públicas seriam aquelas ajuizadas com vistas a tutelar interesses difusos, ao passo que as ações coletivas seriam aquelas com vistas a tutelar interesses individuais homogêneos. O ajuizamento de uma delas não impede e nem deve dificultar o ajuizamento de outra em virtude da mesma conduta, sendo possível que uma mesma conduta lesione, ao mesmo tempo, dimensão coletiva difusa e traga prejuízos à esfera individual de várias pessoas.

13 Acerca da comprovação do dano, Tércio Sampaio Ferraz (2013, p. 19-28) explica serem necessárias três condições: (i) a existência de uma violação da Lei de Defesa da Concorrência; (ii) a existência de prejuízo na capacidade concorrencial do prejudicado; e (iii) o nexo de causalidade entre os dois primeiros requisitos. É preciso ter em mente as dificuldades de comprovar o nexo de causalidade considerando as especificidades de uma conduta anticompetitiva: não se trata de um problema contratualmente previsto pelas partes, mas de uma conexão entre a violação de uma Lei Federal e a demonstração dos prejuízos ou comportamentos do agente prejudicado em razão daquela conduta desempenhada.

14 Além dessas discussões, ressalte-se também as dificuldades impostas pela discussão de teorias como a *pass-on defence*, que dialoga com os efeitos de um cartel. Como os efeitos de um cartel podem ser repassados e disseminados ao longo da cadeia produtiva, discute-se em que medida os compradores de um produto cartelizado de fato sofreram prejuízos decorrentes do sobrepreço ou se tais danos foram arcados por outros elos da cadeia. Sobre o tema e sobre, ver: CASELTA, 2015.

ações civis públicas de reparação coletiva, em especial envolvendo direitos do consumidor<sup>15</sup>.

Entre 1995 e 31 de agosto de 2017, foram identificadas 69 ações com pedidos de reparação por dano moral e/ou material em todo o Brasil causados por cartéis, tendo sido 50,8% dessas ações ajuizadas por terceiros individualmente, e 49,2% pelos Ministérios Públicos Federais e Estaduais, sem que seja possível distinguir quantas delas tutelando interesses coletivos (PORTO, 2017, 131-162). Dados divulgados pelo Ministério Público Federal junto ao Cade (MPF-Cade) corroboram que os procedimentos de tutela coletiva entre 2017 e 2020 foram poucos e grande parte deles foi arquivada (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2020c).

A incipiência desse tipo de ação no Brasil torna-se ainda mais evidente a partir de comparações feitas com países da Europa ou com os Estados Unidos. Em artigo publicado em 2012, constatou-se que, enquanto no Brasil foram encontradas 22 ações judiciais de indenização por infrações antitruste nos tribunais federais, nos últimos 10 anos os Estados Unidos apresentaram uma média de ingresso de 750 ações por ano (GÂNDARA, 2012; COELHO, 2016; CAIXETA, 2013).

Nesse cenário, postura ativa por parte do Ministério Público no ajuizamento de ações coletivas e ações civis públicas é essencial para incentivar a propositura de ações também por particulares, estimulando o enfrentamento pelo Poder Judiciário de temas relacionados ao direito da concorrência e a consolidação de jurisprudência mais robusta sobre o tema. Ainda, a propositura dessas demandas pelo Ministério Público contribui também para desincentivar a prática de condutas anticompetitivas, na medida em que consiste em elemento adicional de risco e de responsabilização agentes econômicos que vierem a desempenhá-las.

Nesse sentido, relevante destacar que o representante do Ministério Público Federal junto ao Cade, Procurador Regional da República Waldir Alves, propôs à 3ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal enunciado sobre Ação de Ressarcimento por Dano Concorrencial (ARDC). O enunciado propõe seja fixado o entendimento de que a imposição de penalidade por infração à ordem econômica pelo Cade não afasta a pretensão indenizatória dos prejudicados, por si ou pelos legitimados, por meio de ajuizamento de ARDCs, assim como que o prazo prescricional de cinco anos para o ajuizamento de tais ações tenha início a contar da publicização da decisão final do Plenário do Tribunal do Cade, ou de quando cessar a prática do ilícito caso tal cessamento venha a ocorrer após a decisão plenária. Isso porque é a partir da decisão do Cade que a autoridade administrativa reconhece o fato ilícito e torna públicos documentos e informações de acesso restrito, conforme estabelece o art. 11 da Resolução Cade nº 21/2018, permitindo que possíveis interessados tenham acesso ao acervo probatório para o ajuizamento de tais ações (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2021).

Por fim, na esfera administrativa, a defesa da concorrência é promovida pela atuação da autoridade nacional, o Cade, autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça e com jurisdição em todo o território nacional. Conforme estabelece a Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011a), a atuação do Cade está concentrada em duas frentes: preventiva, por meio da análise prévia de atos de concentração; e prioritariamente repressiva<sup>16</sup>, por meio da eventual aplicação de sanções em casos de condutas anticompetitivas, unilaterais ou coordenadas. Em se tratando de atuação estatal que

15 Helena Refosco (2018, p. 147-200) destaca a importância das ações coletivas como mecanismos para promover alterações estruturais no sistema de litigância individualizado que temos no Brasil hoje, como uma importante ferramenta para ampliação do acesso à justiça.

16 Utiliza-se o termo “prioritariamente repressiva”, pois, como destaca Frazão (2017, p. 113), não se pode ignorar a função dissuasória do controle de condutas.

tutela um interesse público e coletivo, as multas aplicadas pelo Cade são destinadas ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos. No âmbito administrativo, a atuação do Parquet perpassa por duas principais frentes – (i) a cooperação entre os diferentes órgãos do Ministério Público e o Cade por meio de acordos de cooperação e; (ii) a atuação do MPF-Cade –, as quais são aprofundadas no tópico seguinte.

As três esferas (administrativa, cível e penal) são autônomas e independentes. Isso significa que é possível que o Cade investigue um cartel – prática tipificada ao mesmo tempo como ilícito administrativo e criminal –, sem que esteja em curso ação penal sobre o mesmo tema, ou vice-versa. Nesse mesmo sentido, não há necessidade de que o Cade aguarde uma decisão no âmbito criminal para proferir sua decisão, da mesma forma que o Judiciário não necessita aguardar uma decisão do Cade<sup>17</sup>.

Tampouco há *bis in idem*, uma vez que a multa imposta pelo Cade é fundamentalmente distinta da pena imposta pelo Poder Judiciário em aspectos formais e materiais. Do ponto de vista formal, enquanto a primeira configura uma sanção administrativa, a decisão judicial configura uma sanção de natureza penal. Sob o ponto de vista material, a multa do Cade possui uma ação fundamentalmente dissuasória, com vistas a desestimular a prática da conduta pelo agente econômico, ao passo que a condenação judicial possui natureza eminentemente reparatoria dos prejuízos causados por aquela conduta concreta (PFEIFFER, 2004, p. 6). Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já reconheceu que a existência de condenações nas esferas administrativa e cível não configura *bis in idem* (BRASIL, 2011b; MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2021).

A coexistência dessas três diferentes frentes consiste em importante mecanismo para atribuir força ao Direito da Concorrência, pois elevam o número e a intensidade das sanções aplicáveis e ampliam o escopo de obtenção de provas, desincentivando a prática de condutas anticompetitivas. A presença do Ministério Público em cada uma delas demonstra, portanto, a centralidade atribuída pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e pelo ordenamento jurídico à atuação do Parquet na proteção do ambiente competitivo democrático brasileiro.

### 3. MINISTÉRIO PÚBLICO E CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA: MPF-CADE E ACORDOS DE COOPERAÇÃO

Na esfera administrativa, a defesa da concorrência é realizada no âmbito de atuação da autoridade nacional, o Cade. Nessa seara, o Ministério Público possui duas grandes frentes de atuação e de interação com o Cade: sua atuação interna por meio do MPF-Cade e a cooperação por meio de acordos firmados entre o Cade e Ministérios Públicos Federal e Estaduais.

Conforme prevê o art. 20 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011a), o Procurador-Geral da República, deve designar membro do Ministério Público Federal para emitir parecer nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, podendo tais pareceres serem emitidos de ofício ou a requerimento do Conselheiro Relator. Dessa

<sup>17</sup> Cabe ressaltar que apesar de as esferas serem independentes entre si, a esfera penal pode apresentar reflexos no âmbito das demandas cíveis. Isso porque a absolvição penal com reconhecimento categórico da inexistência material do fato impede a propositura de ação privada, mesmo que o autor não tenha participado da ação penal, nos termos do art. 66 Código de Processo Penal (BRASIL, 1941). Ademais, o art. 935 do Código Civil brasileiro (BRASIL, 2002) impede que o réu discuta na ação cível a materialidade e autoria do fato, quando estas questões já se acharem decididas no juízo criminal. Sobre o tema, ver: GOUVÊA, 2017, p. 211-212.



forma, a Lei estabelece a criação de uma unidade do Ministério Público Federal junto ao Cade, o MPF-Cade, que possui atuação nos processos analisados pela autoridade por meio da elaboração de pareceres opinativos e não-vinculativos ao Tribunal, participando também das Sessões de Julgamento do Tribunal do Cade<sup>18</sup>.

A análise feita no âmbito dos pareceres do MPF-Cade compreende aspectos processuais, incluindo preliminares e mérito, regularidade procedimental, além de opiniões sobre a condenação ou não de cada representado. Nos anos de 2019 e 2020, por exemplo, foram elaborados 71 pareceres pelo MPF-Cade e 2 memoriais, envolvendo 1624 representados em processos administrativos (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2020d)<sup>19</sup>. Adicionalmente, o MPF-Cade pode apresentar representações contra agentes econômicos com vistas à instauração de procedimento preparatório, inquérito administrativo ou processo administrativo para apuração de infrações e imposição de sanções por infrações à ordem econômica<sup>20</sup>, além de propor adoção de medidas preventivas e produção de provas, por exemplo<sup>21</sup>.

Como destaca Márcio Barra Lima (2018, p. 9), a atuação independente do MPF-Cade pode despertar surpresa de parte da doutrina por ser diferente de modelos adotados por outros países ou da estrutura de outras autarquias de regime especial brasileiras, tais como a Comissão de Valores Mobiliários, o Banco Central do Brasil e agências reguladoras, que não contam com um ofício do Ministério Público atuando em conjunto em âmbito interno. Destaca o autor que a atuação diferenciada do MPF-Cade encontra respaldo no fato de ser a coletividade a titular dos bens jurídicos tutelados pela Lei nº 12.529/2011 (LIMA, 2018, p. 9-10).

Além de sua atuação por meio do ofício do Ministério Público Federal junto ao Cade, o Ministério Público desempenha importante papel na defesa da concorrência no âmbito administrativo por meio da troca de informações e da condução e auxílio em investigações. Apesar de muitos acreditarem que as autoridades administrativas de defesa da concorrência chamaram a atenção do Ministério Público para a necessidade de combate a condutas anticompetitivas, em realidade as primeiras condenações por cartel feitas pelo Cade com provas diretas foram baseadas em investigações independentes conduzidas por Ministérios Públicos (MARTINEZ, 2013, p. 243).

Em especial a partir de 2003, a cooperação entre os órgãos passou a se intensificar, com a assinatura do primeiro acordo de leniência no âmbito de investigação criminal em andamento e com a primeira diligência de busca e apreensão que contou com a participação de ambas as autoridades. A partir de então, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (sob a vigência da Lei nº 8.884/1994) e, posteriormente, a Superintendência-Geral do Cade, passaram a celebrar acordos de cooperação com Ministérios Públicos Federais e Estaduais, além de Polícias Cíveis e Federal, em especial para fortalecer trocas de informações e organizar participações conjuntas em diligências e

18 Como destaca Paula Forgioni (2015, p. 122-123), a atuação do Ministério Público junto ao Cade é anterior à edição da Lei nº 12.529/2011 e se intensificou a partir da Lei nº 8.884/1994, quando passou a atuar de forma sistemática junto ao Cade e demais órgãos relacionados à política de defesa da concorrência.

19 No âmbito dos processos administrativos que tramitam perante o Cade, a instrução processual é de responsabilidade e competência da Superintendência-Geral. Dessa forma, a colheita de provas, realização de oitivas e demais etapas instrutórias são primordialmente executadas pela Superintendência-Geral, podendo ser complementadas a requerimento do Conselheiro Relator e do Tribunal do Cade. Dessa forma, o Ministério Público não é responsável, em princípio, pela instrução processual, em que pese a Superintendência-Geral poder solicitar o concurso da autoridade policial ou do Ministério Público nas investigações quando entender necessário, nos termos do § 8º do art. 66 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011a).

20 Conforme prevê o art. 136, inciso V do Regimento Interno do Cade (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2020a).

21 Conforme estabelece o art. 3º da Resolução Conjunta PGR/CADE nº 1, de 30 de setembro de 2016 (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2016).

grupos de trabalho (MARTINEZ, 2013, p. 244).

Os acordos de cooperação técnica celebrados entre o Cade e os órgãos do Ministério Público possibilitam a comunicação mais próxima entre as instituições, a organização de eventos e treinamentos de capacitação, além da troca de documentos, dados, bem como a melhoria de técnicas e procedimentos investigativos. Entre 2020 e 2021, o Cade possuía acordos de cooperação firmados com todos os 26 Ministérios Públicos Estaduais, além de acordos cooperativos com o Ministério Público Federal e com o Ministério Público Militar<sup>22</sup>.

A aproximação entre Cade e Ministérios Públicos Estaduais e Federal é também facilitada pela atuação do MPF-Cade, que realiza comunicações com envio de documentos e informações acerca das decisões do Cade, assim como leva à autarquia preocupações concorrenciais identificadas por outros órgãos do Ministério Público. O MPF-Cade atua também na elaboração de relatórios de *enforcement* antitruste, por meio dos quais reporta as providências tomadas por outros ramos do Ministério Público a partir do recebimento de órgãos enviados em decorrência de decisões condenatórias do Cade, dialogando com a compreensão do grau de repercussão das decisões tomadas pela autarquia em outras esferas de atuação do Ministério Público (penal e cível) (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2020d). Por fim, o MPF-Cade pode auxiliar os demais órgãos do Ministério Público na elaboração de teses e por meio do envio de materiais de apoio sobre a defesa da concorrência (LIMA, 2018, p. 15).

Os acordos de cooperação possuem importante papel no aprimoramento de investigações que reúnem questões de antitruste e combate à corrupção, tendo facilitado a cooperação entre Cade e Ministério Público em casos envolvendo a Operação Lava Jato, por exemplo (OCDE, 2019, p. 78).

A cooperação recíproca entre Cade e Ministérios Públicos e atuação específica do MPF-Cade consistem, portanto, em importantes ferramentas para a estruturação de uma defesa da livre concorrência que perpassa pelos três pilares de enfrentamento (cível, penal e administrativo). A interação entre Cade e órgãos do Ministério Público permite otimização de recursos, treinamento de servidores e investigações mais céleres e aprofundadas, com o compartilhamento de documentos e informações. Como lembra Paula Forgioni (2015, p. 154), embora o Cade possua expertise na matéria concorrencial, a autarquia conta com poucos servidores e está localizada em Brasília, enquanto o Ministério Público atua em todo o território brasileiro, estando mais próximo dos problemas enfrentados pelos agentes econômicos. Além da capilaridade, o Ministério Público possui ampla experiência investigativa, podendo auxiliar na colheita de provas e documentos (LIMA, 2018, p. 8).

#### 4. MINISTÉRIO PÚBLICO E CONCORRÊNCIA: TEMAS E DEBATES CONTEMPORÂNEOS

Em decorrência da centralidade e do multifacetamento conferidos pela Constituição de 1988 (BRASIL, 1988) à atuação do Ministério Público na defesa da concorrência exploradas nos tópicos anteriores, a prática recente no âmbito de processos em tramitação perante o Cade e o Poder Judiciário vem construindo debates acerca de possíveis limites, divergências de posicionamentos e

22 Informações disponíveis em: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERALE, 2020b; e em Cade e Ministério Público Militar celebram acordo de cooperação. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**, Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-e-ministerio-publico-militar-celebram-acordo-de-cooperacao>. Acesso em: 20 jun. 2021. Os acordos celebrados entre Cade e Ministérios Públicos encontram-se disponíveis em: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2021a.



novas estratégias de atuação do Parquet, algumas das quais são analisadas nos tópicos seguintes.

#### 4.1. Celebração e cumprimento de acordos de leniência

Os acordos de leniência consistem em instrumento de que dispõe o Cade para facilitar a detecção, investigação e punição de agentes por infrações à ordem econômica. Conforme estabelece o art. 86 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011a), o Cade, por meio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência que preveja a extinção da ação punitiva da administração pública (nas esferas administrativa e criminal) com a pessoa jurídica e pessoas físicas que trouxerem ao conhecimento da autoridade uma conduta que ainda não era por ela investigada, comprometendo-se a cessá-la e a cooperar com as investigações, apresentando, inclusive, documentos.

Assim, o programa de leniência permite que a autoridade identifique a existência de condutas anticompetitivas complexas, oferecendo como atrativo benefícios nas esferas administrativa e criminal à empresa denunciante. Esse tipo de programa facilita a identificação das condutas pela autoridade e insere mais um mecanismo de instabilidade aos cartéis, pois os agentes sabem que, a qualquer momento, qualquer das empresas participantes da conduta pode revelar sua existência à autoridade, tendo benefícios relevantes para ser a primeira a fazê-lo (MARTINEZ, 2013, p. 260-262).<sup>23-24</sup>

No âmbito dos acordos de leniência, embora a Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011a) não estabeleça a participação do Ministério Público na negociação e celebração de acordos de leniência perante o Cade, a autoridade de defesa da concorrência adotou como praxe a participação como agente interveniente do ofício do Ministério Público detentor da atribuição criminal correlata. Isso porque o acordo de leniência pode acarretar a extinção da pretensão punitiva relativa aos crimes contra a ordem econômica e eventuais crimes conexos e, em sendo o Ministério Público o titular privativo da ação penal pública, a cooperação entre Cade e Ministério Público nesses acordos é de extrema importância, pois confere maior segurança jurídica ao acordo de leniência, além de facilitar possíveis investigações criminais dele decorrentes. O MPF-Cade não participa desses procedimentos, mas deve ser intimado acerca da celebração do acordo (LIMA, 2018, p. 19).

Ao final do processo administrativo, no momento de seu julgamento, o Tribunal do Cade deverá verificar o cumprimento ou não do acordo, e só a partir desse julgamento é que haverá a extinção da pretensão punitiva da administração pública, caso o acordo tenha sido integralmente cumprido.

---

23 O acordo de leniência só pode ser celebrado com o agente participante da conduta que for o primeiro a procurar o Cade buscando o acordo. Caso já haja leniência firmada no caso em questão e outro agente envolvido na conduta deseje realizar um acordo com a autoridade, poderá negociar um Termo de Compromisso de Cessação. O Termo de Compromisso de Cessação, apesar de oferecer descontos nas multas esperadas pelos agentes em caso de condenação, não confere a extinção da ação punitiva da administração pública para o agente que o celebra. Dessa forma, a leniência consiste em importante mecanismo de incentivo para que os agentes econômicos rompam com o acordo anticompetitivo e sejam os primeiros a delatarem a conduta à autoridade.

24 Para o fortalecimento da tutela da livre concorrência, ao mesmo tempo em que é importante fomentar e instrumentalizar os programas de acordos de leniência e de Termos de Compromisso de Cessação, é também fundamental fomentar a reparação de danos no âmbito cível, de forma a desincentivar práticas anticompetitivas por meio de diversas frentes. Relevante questão que se coloca em decorrência dessa discussão é a dificuldade de, ao mesmo tempo, a autoridade de defesa da concorrência incentivar o ajuizamento de ações de reparação de danos – o que muitas vezes torna necessária a disponibilização de documentos provenientes desses acordos –, sem enfraquecer as políticas de acordos com o Cade. Dessa forma, o desafio está em incentivar o ajuizamento de ações de reparação de danos na esfera cível sem desestimular as empresas a delatarem condutas e a produzirem provas de sua existência na esfera administrativa. Buscando harmonizar essas duas esferas, o Cade editou a Resolução nº 21/2018 (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2018).

Isso acontece porque os signatários da leniência possuem como dever não apenas a identificação dos demais envolvidos na infração, a cessação da prática, a entrega de informações e documentos que comprovem a infração e a confissão da participação no ilícito, mas também o dever de cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais até seu encerramento. Dessa forma, a partir da celebração do acordo, o processo ficará suspenso em face dos signatários da leniência até que, no momento do julgamento, seja verificado seu cumprimento integral, inclusive do dever de colaboração durante a instrução.

Embora o MPF-Cade não participe da negociação e celebração de acordos de leniência com o Cade, o ofício atua nos processos administrativos que tramitam perante a autoridade manifestando-se por meio de pareceres, conforme previamente ressaltado. Dessa forma, apesar de não negociar e assinar os acordos de leniência, o MPF-Cade opina sobre o cumprimento ou não da integralidade do acordo anteriormente ao julgamento do processo pelo Tribunal do Cade.

Com base em julgamentos recentes, é possível notar a relevância dessa manifestação do MPF-Cade na tomada de decisão pelo Tribunal do Cade acerca do cumprimento ou não de acordos de leniência. No âmbito do Processo nº 08700.003246/2017-12 (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2021b)<sup>25</sup>, houve debate entre os Conselheiros acerca do cumprimento ou não de acordo de leniência a partir de divergência aberta pelo MPF-Cade em relação ao parecer da Superintendência-Geral.

No caso em questão, a Superintendência-Geral, após a celebração de acordo de leniência e investigação do suposto ilícito em inquérito administrativo, havia emitido parecer pela não instauração de processo administrativo diante da insubsistência de indícios de infração à ordem econômica, opinando pelo cumprimento do acordo de leniência. O MPF-Cade, entretanto, emitiu parecer manifestando-se no sentido de não ter havido o efetivo cumprimento das obrigações assumidas pelas signatárias do acordo de leniência celebrado com o Cade, considerando que não se comprovou a infração noticiada, opinando pelo reconhecimento do descumprimento do acordo e pela imposição de impedimento de celebrar novo acordo de leniência com o Cade pelo prazo de três anos (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2021b).

O Conselheiro Relator do caso proferiu voto aderindo ao posicionamento adotado pelo MPF-Cade, votando pela declaração de descumprimento do acordo de leniência diante da inexistência dos resultados previstos nos incisos I e II do caput do art. 86 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011a), com a constituição de impedimento de celebrar novo acordo de leniência com o Cade pelo prazo de três anos. Todavia, a maioria do Tribunal votou pelo reconhecimento do cumprimento do acordo de leniência, com a consequente decretação da extinção da ação punitiva da Administração Pública em favor dos signatários, por entender que os deveres de noticiar a infração e de colaboração haviam sido cumpridos a partir da entrega de documentos, ainda que tenham sido insuficientes para resultar na abertura de processo administrativo, pois esse juízo caberia à Superintendência-Geral do Cade (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2021b).

O precedente em questão evidencia, portanto, os importantes papéis desempenhados pelo

25 O Processo nº 08700.003246/2017-12 é de acesso restrito e não possui versão pública dos autos disponível por meio do acesso ao sistema processual SEI. Todas as informações referentes a esse processo e a seu julgamento contidas no presente artigo são públicas e foram obtidas por meio das atas das sessões de julgamento publicadas no Diário Oficial da União, bem como dos vídeos de gravação das transmissões das sessões de julgamento.



Ministério Público não apenas no momento de negociação e celebração dos acordos de leniência – por meio do ofício do detentor da atribuição criminal correlata –, mas também por meio da atuação do MPF-Cade ao opinar sobre o cumprimento ou não do acordo negociado em sua integralidade, considerando que a extinção da ação punitiva da Administração Pública só se configura a partir do julgamento do processo administrativo pelo Tribunal do Cade<sup>26</sup>.

#### 4.2. Abertura de alegações finais após parecer do MPF-Cade

Verifica-se também a independência e a autonomia entre MPF-Cade e demais ofícios do Ministério Público por meio da análise de suas manifestações perante o Poder Judiciário. Em 2019, o Cade realizou o julgamento do Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41, que investigou cartel em licitações públicas relativas a projetos de metrô e/ou trens e sistemas auxiliares (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2019b).

Quando o Processo Administrativo ainda estava em tramitação, os representados impetraram mandados de segurança contra decisão proferida pelo Tribunal do Cade que determinava a apresentação de alegações finais pelos representados. O objetivo dos mandados de segurança era de assegurar-lhes o direito de se manifestarem apenas após o parecer do MPF-Cade nos autos. Os pedidos de antecipação de tutela foram negados pela primeira instância.

As impetrantes interuseram, então, os Agravos de Instrumento nº 1014562-65.2019.4.01.000/DF e 1015011-23.2019.4.01.0000/DF, que tramitaram perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) (BRASIL, 2019, 2020b). Nos autos do Agravo de Instrumento nº 1014562-65.2019.4.01.000/DF (BRASIL, 2019), o Ministério Público Federal, por meio do ofício da Procuradoria Regional da República da 1ª Região, manifestou-se em 22 de maio de 2019, pelo provimento do recurso. De acordo com o MPF, ainda que a intervenção do MPF-Cade não seja obrigatória nos processos em tramitação no Cade, seria necessária abertura de prazo para posterior manifestação dos representados, em respeito ao contraditório.

No dia seguinte, em 23 de maio de 2019, o MPF-Cade também apresentou manifestação nos referidos autos, entendendo, em sentido oposto, pela desnecessidade de abertura de prazo para manifestação dos representados em processos administrativos após a emissão de seu parecer. De acordo com o MPF-Cade, sua manifestação deveria se dar após a manifestação das partes e ao final do processo, pois atuaria apenas na função de custos juris, não possuindo o seu parecer natureza de ato de parte. Destacou, ainda, que seu parecer no caso em questão não contemplaria fatos ou documentos novos e examinaria o contexto fático probatório já disponibilizado aos representados antes das alegações finais, não havendo prejuízo à defesa. Por fim, propôs que fosse adotada solução intermediária de prazo adicional para as partes para, querendo, apresentarem novos memoriais (BRASIL, 2019).

O TRF1 deferiu os pedidos de tutela antecipada recursal apresentados pelos representados, revertendo as decisões de primeiro grau e assegurando-lhes o direito de se manifestar apenas após o parecer do MPF-Cade nos autos (BRASIL, 2019). O Cade, então, requereu a suspensão dos efeitos

26 Acerca do papel exercido pelo Tribunal do Cade na verificação do cumprimento de acordos de leniência, da importância da colaboração para o resultado útil do processo, assim como de outros precedentes envolvendo discussões acerca da insuficiência do conjunto probatório obtido a partir de acordos de leniência e a possibilidade de declaração de descumprimento dos acordos, ver: ALVES; VICCARI, 2021.

das decisões do TRF1, por meio da Suspensão de Segurança nº 3.099/DF, que tramitou perante o STJ (BRASIL, 2020a).

Em decisão monocrática, o Ministro João Otávio de Noronha entendeu que os pareceres emitidos pelo MPF-Cade no âmbito dos processos administrativos são meramente opinativos e que a emissão de parecer pelo Ministério Público como custos legis não rende ensejo ao contraditório, não sendo causa de nulidade a falta de manifestação da defesa, por não haver prejuízo aos representados. Ademais, pontuou que entendimento contrário implicaria a criação de nova fase processual nos processos administrativos no Cade não prevista no regulamento da entidade, burocratizando ambiente que deve ser pautado pela celeridade, efeito esse que poderia se multiplicar nos mais de duzentos processos administrativos em tramitação perante a autarquia. A decisão monocrática foi mantida pela Corte Especial do STJ, que, por unanimidade, negou provimento ao Agravo Interno interposto contra a decisão (BRASIL, 2020a).

O precedente em questão, além de apontar entendimento do STJ acerca da desnecessidade de abertura de prazo para manifestações dos representados após emissão de parecer do MPF-Cade no âmbito dos processos administrativos, demonstra também relevante oposição de entendimentos defendidos entre MPF-Cade e MPF nos mesmos autos perante o Poder Judiciário. Nesse cenário, o referido precedente demonstra a multiplicidade de frentes de atuação do Ministério Público na defesa da concorrência, mas também ilustra como essas diferentes frentes podem adotar estratégias distintas e posicionamentos divergentes entre si.

#### 4.3. Atuação do Ministério Público em atos de concentração e na estrutura dos mercados

Além da atuação do Ministério Público relacionada ao combate a práticas anticompetitivas discutidas nos tópicos anteriores, a doutrina e a jurisprudência debatem atualmente as formas de atuação do Parquet relacionadas ao controle de estruturas dos mercados<sup>27</sup>, especialmente por meio de atuação no âmbito de análise dos atos de concentração.

No sistema estabelecido pela Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011a), o Cade possui competência não apenas para investigar e punir infrações à ordem econômica, mas também para realizar a análise prévia dos chamados atos de concentração<sup>28</sup>. Por meio de tal análise, a autoridade de defesa da concorrência analisa os potenciais efeitos decorrentes de concentrações de mercado provocadas por operações entre agentes econômicos podendo, se assim verificar necessário, impor restrições às operações propostas ou até mesmo reprová-las.

Por meio da análise dos atos de concentração, portanto, a autoridade intervém de forma direta sobre as estruturas econômicas e empresariais em formação no país. Essa forma de atuação visa não a coibir abusos, mas evitar que tais abusos possam vir a ocorrer. A tutela estrutural soma-se à tutela comportamental (análise da prática de condutas anticompetitivas) em uma relação simbiótica,

27 Acerca dos conceitos de controle de estruturas e de condutas, ver: SALOMÃO FILHO, 2013.

28 Nos termos do que estabelece o art. 90 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011a), realiza-se um ato de concentração quando: (i) duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; (ii) uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; (iii) uma ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou (iv) duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.



que confere maior completude ao sistema brasileiro de defesa da concorrência (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 121-138; 383-384).

A Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011a) estabelece, em seu art. 20, a competência do MPF-Cade para emitir pareceres nos processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, diferentemente do que previa o art. 12 da Lei nº 8.884/1994 (BRASIL, 1994), que não restringia o tipo de processo administrativo nos quais o MPF-Cade poderia atuar. Conforme pontua Márcio Barra Lima (2018, p. 12), essa alteração legislativa foi interpretada por muitos como uma redução do escopo de atuação do ofício do MPF-Cade, que teria deixado de ter a atribuição de oficiar em atos de concentração.

Entretanto, o Ministério Público se opôs a essa interpretação, defendendo que sua participação deveria ser a mais ampla possível, considerando o disposto na Lei Complementar nº 75/1993 (BRASIL, 1993), que fundamenta a atuação do ofício contra abusos de poder econômico de forma ampla, independentemente de sua origem (LIMA, 2018, p. 12). Seguindo essa linha interpretativa, Cade e MPF editaram a Resolução Conjunta PGR/Cade nº 1, de 30 de setembro de 2016 (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2020a), que prevê de forma expressa a competência do MPF-Cade para atuar em atos de concentração em seu art. 2º, inciso I, e art. 3º, inciso VIII, estabelecendo ao MPF-Cade a prerrogativa de interpor recurso ao Plenário do Tribunal do Cade contra decisão da Superintendência-Geral que aprovar ato de concentração econômica sem restrições<sup>29</sup>.

Em 2020, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.003896/2019-11, envolvendo operação societária entre The Boeing Company e Embraer S.A., o MPF-Cade interpôs recurso ao Tribunal do Cade contra decisão da Superintendência-Geral que havia aprovado o Ato de Concentração sem restrições. Ao analisar pedido, o Conselheiro Relator proferiu Despacho pelo não conhecimento do recurso e determinou seu arquivamento, por entender que o MPF-Cade não possuiria legitimidade para interpor recurso contra decisão emitida no âmbito de atos de concentração econômica, uma vez que inexistiria previsão legal no ordenamento jurídico possibilitasse ao Parquet fazê-lo (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2020b).

Em seu Despacho, o Conselheiro Relator destacou que a Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011a) teria alterado de forma relevante a atuação do MPF-Cade, determinando competência apenas para emitir parecer em processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, e não mais nos processos sujeitos à apreciação do Cade de forma mais ampla, como previa a Lei nº 8.884/1994 (BRASIL, 1994). Destacou, ainda, que tal questão foi objeto de discussão específica pelo Senado quando da edição da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011a), que teria decidido intencionalmente restringir a atuação do MPF-Cade a processos administrativos para

---

29 A análise de atos de concentração no Cade se inicia na Superintendência-Geral, órgão responsável por instruir o procedimento e emitir parecer final sobre a operação. O parecer da Superintendência-Geral poderá adotar os seguintes posicionamentos: (i) a aprovação sem restrições da operação (aprovação na forma proposta pelas partes); (ii) a aprovação com restrições (imposição de alterações à operação originalmente proposta pelas partes, que poderá ser realizada com os ajustes indicados); ou (iii) a reprovação da operação (rejeição completa da operação, que não poderá ser concretizada). Caso o parecer da Superintendência-Geral recomende a aprovação com restrições ou a reprovação da operação, o ato de concentração passará necessariamente pela análise do Tribunal do Cade, que proferirá decisão final. Na hipótese de o parecer da Superintendência-Geral recomendar a aprovação sem restrições da operação, o caso só seguirá para a apreciação do Tribunal do Cade na hipótese de haver avocação por algum dos Conselheiros ou interposição de recurso por terceiros interessados devidamente habilitados no processo. Caso contrário, haverá o trânsito em julgado após a decisão da Superintendência-Geral. O que se discute, portanto, é se o MPF-Cade possuiria legitimidade para também interpor recurso ao Tribunal do Cade contra decisão da Superintendência-Geral que aprovar ato de concentração sem restrições.

imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2020b).

A maioria do Tribunal do Cade acompanhou o Relator em seu voto, decidindo que o MPF-Cade não possuiria legitimidade para interpor recurso ao Tribunal do Cade contra decisão da Superintendência-Geral que aprovar ato de concentração. Tal precedente se contrapõe ao destacado por Márcio Barra Lima (2018, p. 12), e ao texto da Resolução Conjunta PGR/Cade nº 1, de 30 de setembro de 2016 (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2020a). Trata-se do único caso em que o Cade se debruçou sobre a análise da matéria até o momento<sup>30</sup>.

Para além da discussão envolvendo a interposição de recursos pelo MPF-Cade em atos de concentração, o Ministério Público pode atuar no âmbito da prevenção de concentrações econômicas e no desenho da estrutura dos mercados de outras formas.

Considerando que os atos de concentração podem resultar em maior concentração de poder econômico pelos agentes privados, o Ministério Público pode atuar na prevenção de concentrações econômicas perante o Poder Judiciário, enquanto legitimado a propor ações coletivas e ações civis públicas, na tutela da defesa da concorrência enquanto bem de titularidade da coletividade. O próprio MPF-Cade ressalta que atua monitorando e selecionando casos que tramitaram perante o Cade para remeter informações e documentos ao ofício do Ministério Público responsável pelo eventual prosseguimento de discussão na seara judicial, ou mesmo extrajudicial, tendo destacado onze casos entre 2019 e 2020<sup>31</sup>.

A atuação do Ministério Público na esfera judicial nesses casos é relevante, na medida em que poderá discutir não apenas questões específicas de concentração de poder econômico discutidas no âmbito dos processos apreciados pelo Cade, mas também efeitos decorrentes da aprovação ou não da operação para outras áreas compreendidas pela atuação do Ministério Público, tais como questões ambientais e consumeristas.

Por fim, independentemente da competência para apresentar recursos ou atuar diretamente nos procedimentos de atos de concentração em tramitação no Cade, o MPF-Cade pode atuar sobre as estruturas econômicas e empresariais em formação no país por meio de processos que investigam condutas anticompetitivas. Como exemplo, destaca-se a determinação pelo MPF-Cade, em dezembro de 2020, de instauração de procedimento administrativo para acompanhamento de eventuais impactos prejudiciais à concorrência advindos da aquisição, em leilão, dos ativos de telefonia móvel detidos pela empresa Oi pelo consórcio formado pelas empresas Telefônica-Vivo, Tim e Claro

---

30 O MPF-Cade também interpôs recurso contra a decisão da Superintendência-Geral no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.003662/2018-93 (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2019a). Entretanto, naquela ocasião o Ato de Concentração também foi avocado por um dos Conselheiros do Cade, de modo que não houve discussão sobre a admissibilidade do recurso interposto pelo MPF-Cade.

31 Os casos destacados pelo MPF-Cade nesse período envolviam os seguintes setores econômicos: fabricação de aeronaves, saúde suplementar, distribuição de Gás Liquefeito de Petróleo (GLP), aços longos ao carbono, distribuição e revenda de bebidas, maioneses e margarinas, telefonia, distribuição e programação no setor audiovisual, emissão de cartões de pagamento pré-pagos e captura de transações, transporte aéreo de passageiros e cargas e transporte de valores e cargas especiais (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2020d).

(MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2020a)<sup>32-33</sup>.

Apesar de tal instauração tratar de investigação de suposta conduta anticompetitiva, a atuação do MPF-Cade nesse formato pode possuir também o escopo de impactar estruturas econômicas e empresarias em formação no país, considerando que tal prática teria sido supostamente desempenhada pelas empresas no momento da formação do consórcio e por se tratar de prática diretamente relacionada à operação societária que deverá ser notificada e submetida à análise do Cade na forma de um ato de concentração.

Ainda acerca da aquisição, pela Telefônica-Vivo, Tim e Claro de todos os ativos, obrigações e direitos relacionados às atividades de telefonia móvel do Grupo Oi (Ato de Concentração nº 08700.000726/2021-08) destaca-se que o MPF-Cade atuou nesse Ato de Concentração não por meio de interposição de recurso, mas por meio de emissão de dois memoriais. No primeiro deles, o MPF-Cade opinou: (i) pela não aprovação no Ato de Concentração; (ii) pela conclusão de processo que possui como objeto a verificação de possível prática de gun jumping pelas empresas; e (iii) pela instauração de processo administrativo em face de Telefônica-Vivo, Tim e Claro para apuração da ocorrência de conduta concertada entre concorrentes e eventuais práticas exclusionárias. Por meio do segundo memorial, o MPF-Cade se manifestou, no âmbito do julgamento dos embargos de declaração: (i) pela redação do acordo firmado pelas requerentes com o Cade nos exatos termos no voto-condutor, sob pena de reprovação da operação; (ii) pelo esclarecimento do momento exato do fechamento da operação e da obrigatoriedade de efetiva alienação dos ativos; e (iii) para que o Cade adotasse no acordo as mesmas referências da anuência prévia da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel). (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2022).

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) e os diplomas que a ela se seguiram, em especial as Leis nº 8.884/1994 (BRASIL, 1994) e nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011a), conferiram relevante participação e significativa visibilidade à atuação do Ministério Público na defesa do direito da concorrência. Tal centralidade dialoga e decorre especialmente do fato de ser o bem jurídico tutelado – a livre concorrência – de titularidade coletiva, com interfaces próximas à tutela de outras matérias de interesse público como questões consumeristas e ambientais.

A relevância das atribuições do Ministério Público na defesa da concorrência torna-se nítida

---

32 Na mesma edição do Diário do Ministério Público Federal Eletrônico, verifica-se que o MPF-Cade instaurou outros procedimentos administrativos para: (i) acompanhar eventuais acordos de cooperação entre empresas, ocasionados pela pandemia de COVID-19; (ii) acompanhar o mercado nacional de transporte rodoviário de veículos; (iii) acompanhar o mercado nacional de produção (refino), distribuição e revenda de GLP, e ainda trechos de cadeias econômicas integrados; e (iv) acompanhar o funcionamento do setor portuário brasileiro, no que se refere em especial à cobrança da taxa “THC2”.

33 Em sentido semelhante, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.006373/2020-61, o MPF-Cade manifestou-se oralmente em Sessão de Julgamento acerca da privacidade de dados de consumidores. O referido Ato de Concentração tratava da celebração de Contrato de Prestação de Serviços entre Serasa S.A. e Claro S.A. com o objetivo de estender, por trinta meses, parceria por meio da qual a Claro forneceria dados dos usuários de seus serviços para que a Serasa pudesse utilizá-los como insumo de suas soluções de proteção ao crédito e prevenção a fraudes. Nesse contexto, o MPF-Cade manifestou sua preocupação com a possível transferência de dados pessoais de consumidores e usuários sem sua permissão e indicou a importância de manifestações da Anatel e da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) sobre o tema. Ainda, sinalizou que a operadora de telefonia estaria disposta a celebrar contratos de transferência desses dados com exclusividade e para fins privados, mas que se recusaria a compartilhar tais informações com órgãos investigativos sob a fundamentação de suposto sigilo telefônico (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2021b).

a partir do multifacetamento traçado pelo ordenamento jurídico de suas estratégias de atuação, que se constroem perpassando por todos os três pilares sobre os quais se estrutura a defesa da concorrência: as esferas cível, penal e administrativa. Em decorrência da complexidade gerada pelas diferentes frentes de atuação do Ministério Público, a jurisprudência vem construindo debates acerca de possíveis limites, divergências de posicionamentos e novas estratégias de atuação do Parquet.

Inseridos nesse contexto, ao mesmo tempo que os precedentes analisados no presente artigo indicam discussões sobre a necessidade de efetiva atuação e presença do Ministério Público no aumento do ajuizamento de ações coletivas e de ações civis públicas, por exemplo, também evidenciam debates sobre possíveis limites de atuação no âmbito de atos de concentração na esfera administrativa.

A partir desse cenário, resta clara a importância de que a atuação do Ministério Público na defesa da concorrência ocorra sempre em diálogo com outras instituições dentro e fora do sistema de justiça, inclusive em âmbito administrativo, para que haja constante reflexão sobre o papel da instituição no projeto democrático brasileiro desenhado pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). A importância da atuação do Ministério Público na defesa da concorrência é notável. Por essa razão, faz-se necessário constante diálogo amplo e democrático acerca do papel desempenhado pela instituição, da amplitude e dos limites de sua atuação para assegurar o cumprimento dos princípios a serem perseguidos dentro do contexto da Constituição, a qual estabelece um projeto de desenvolvimento nacional que encontra na livre concorrência um de seus pilares fundamentais.

## 6. REFERÊNCIAS

ALVES, Waldir. O Ministério Público Federal e o Cade na Lei Antitruste. **Revista Jurídica Virtual - Brasília**, vol. 3, n. 27, ago. 2001.

ALVES, Waldir; VICCARI, Natalie Giacomazzi. A efetividade da colaboração e o resultado útil do processo nos acordos de leniência antitruste. **Revista de Defesa da Concorrência**, Vol. 9, nº 2, Dezembro de 2021, p. 27-50.

ANDERS, Eduardo Caminati; PAGOTTO, Leopoldo; BAGNOLI, Vicente. **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

ARMANI, Wagner José Penereiro; FERREIRA, Rodrigo Eduardo; JOVETTA, Diogo Cressoni. **Direito Comercial – Teoria Geral da Empresa & Direito das Sociedades**. Volume I. 1ª edição. Campinas: AFJ, 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. [1988]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 23 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. [1941]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 23 jun. 2021.

BRASIL. **Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. [1993]. Disponível em: <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LCP&numero=75&ano=1993&ato=93agXQE5ENFpWT2da>. Acesso em: 23 jun. 2021.



BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. [2002]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 23 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica [...]. [2011a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm). Acesso em: 23 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. [1990a]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm). Acesso em: 23 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. [1990b]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8137.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm). Acesso em: 23 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.** Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. [1994]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8884.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm). Acesso em: 23 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Suspensão de Segurança nº 3.099/DF.** Suspensão de Segurança. Cade. Processo Administrativo. Abertura de prazo para alegações finais após manifestação do Ministério Público. Suspensão do Ato Administrativo. Situação de grave risco à ordem e à economia públicas. Relator Ministro Presidente do STJ, 16 de dezembro de 2020. [2020a]. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/oPesquisaNumeroRegistro&termo=201901567020&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.181.643/RS.** Administrativo e Concorrencial. Ação Civil Pública. Ordem econômica. Portos. Tarifa de armazenagem. Carga pátio. Cobrança abusiva princípio da boa-fé objetiva. Recorrente: Tecon Rio Grande S/A. Recorrido: Ministério Público Federal. Lei 8.884/1994 a art. 12 da Lei 8.630/1993. Relator Ministro Herman Benjamin, 01 de março de 2011. [2011b]. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=2010%-2F0028927-4&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO>. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Agravo de Instrumento nº 1014562-65.2019.4.01.000/DF.** Relator Desembargador Federal João Batista Moreira, 20 de maio de 2019. [2019].

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Agravo de Instrumento nº 1015011-23.2019.4.01.0000/DF.** Relator Desembargador Federal João Batista Moreira, 14 de janeiro de 2020. [2020b].

BECKER, Bruno Bastos. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro. Hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. **RJLB**, Ano I (2015), nº 2, fls. 239-270. Disponível em: [http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/2/2015\\_02\\_0239\\_0270.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0239_0270.pdf). Acesso em: 22 jun. 2021.

Cade e Ministério Público Militar celebram acordo de cooperação. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**, Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-e-ministerio-publico-militar-celebram-acordo-de-cooperacao>. Acesso em: 20 jun. 2021.

CAIXETA, Deborah Batista. Novas diretrizes da política antitruste brasileira: o consumidor e a atuação

do Ministério Público na defesa de seus interesses. **Revista de Defesa da Concorrência**, nº 1, Maio 2013, p. 92-96.

CASELTA, Daniel Costa. **Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes da Prática de Cartel**. 203 folhas. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo. São Paulo. 2015.

COELHO, Gustavo Flausino. A reparação civil por danos concorrenciais: desafios no Brasil e na União Europeia. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, Vol. 22, nº 1, 2016, p. 128.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Acordos com Ministérios Públicos**. [2021a]. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/convenios-e-transferencias/acordos-nacionais/acordos-com-ministerios-publicos>. Acesso em: 20 jun. 2021.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Regimento Interno do Cade**. [2020a]. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/regimento-interno/REGIMENTO-INTERNO-DO-CONSELHO-ADMINISTRATIVO-DE-DEFESA-ECONOMICA-INDICE-SISTEMATICO-REVISADO.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2021.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Resolução nº 21, de 11 de setembro de 2018**. Disciplina os procedimentos previstos nos arts. 47, 49, 85 e 86 da Lei nº 12.529, de 2011, relativos à articulação entre persecução pública e privada às infrações contra a ordem econômica no Brasil. [...]. [2018]. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2021%20de%2012%20de%20setembro%20de%202018.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2021.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Ato de Concentração nº 08700.000726/2021-08**. Ato de Concentração envolvendo a aquisição, pela Telefônica-Vivo, Tim e Claro de todos os ativos, obrigações e direitos relacionados às atividades de telefonia móvel do Grupo Oi. Relator Conselheiro Luis Henrique Bertolino Braido Julgado em: 9 de março de 2022. Publicado no Diário Oficial da União em: 16 de março de 2022. [2022].

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Ato de Concentração nº 08700.006373/2020-61**. Ato de Concentração envolvendo celebração de Contrato de Prestação de Serviços entre Serasa S.A. e Claro S.A. Julgado em: 26 de maio de 2021. Publicado no Diário Oficial da União em: 2 de junho de 2021. [2021b].

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Ato de Concentração nº 08700.003896/2019-11**. Ato de Concentração envolvendo The Boeing Company, Boeing Brasil Serviços Técnicos Aeronáuticos Ltda. e Embraer S.A. Relator Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann. Julgado em: 19 de fevereiro de 2020. Publicado no Diário Oficial da União em: 28 de fevereiro de 2020. [2020b].

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Ato de Concentração nº 08700.003662/2018-93**. Aquisição de controle da Transfederal Transporte de Valores Ltda. pela Prosegur Brasil S.A. Transportadora de Valores e Segurança. Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Julgado em: 20 de março de 2019. Publicado no Diário Oficial da União em: 25 de março de 2019. [2019a].

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo nº 08700.003246/2017-12**. Relator Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani. Julgado em: 14 de abril de 2021. Publicado no Diário Oficial da União em: 22 de abril de 2021. [2021b].



CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08700.004617/2013-41**. Cartel em licitações públicas destinadas à aquisição de material rodante e sistemas auxiliares e manutenção de trens e metrô. Participação de empresas de consultoria especializada. Condenação parcial. Relator Conselheiro João Paulo de Resende. Julgado em: 8 de julho de 2019. Publicado no Diário Oficial da União em: 16 de julho de 2019. [2019b].

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinicius Marques de; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada – Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 17-23.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito da concorrência e enforcement privado na legislação brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**. Vol. 1, nº 2, Novembro 2013, p. 19.

FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. São Paulo: Saraiva, 2016.

GÂNDARA, Livia. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. v. 21. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan. 2012.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. Aplicação Privada da Lei Antitruste no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**. Vol. 5, nº 1, Maio 2017, p. 211-212.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2000.

LIMA, Márcio Barra. A atuação do Ministério Público Federal junto ao Cade. **Revista de Defesa da Concorrência**, Vol. 6, nº 1, Maio de 2018, p. 5-23.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a Cartéis: Interface entre Direito Administrativo e Direito Penal**. São Paulo: Singular, 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Memorando nº 11/2021/3CCR**. Proposta de Enunciado sobre Ação de Ressarcimento por Dano Concorrencial. [2021]. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/sesoes/enunciados-1/enunciado-no-33>. Acesso em: 24 abr. 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Portaria PA PGR/MPF-CADE nº 8, de 17 de dezembro de 2020. Instaura procedimento administrativo para acompanhamento de eventuais impactos prejudiciais à concorrência advindos da antecipada aquisição, em leilão, dos ativos de telefonia móvel detidos pela empresa Oi, pelo consórcio formado pelas empresas Telefônica-Vivo, Tim e Claro. **Diário do Ministério Público Federal Eletrônico**: Caderno Extrajudicial: DMPF-e Nº 240/2020. Brasília, 22 de dezembro de 2020. [2020a]. Disponível em: <http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/diarios-e-boletins/diario-eletronico-dmpf-e/2020/DMPF-EXTRAJUDICIAL-2020-12-23.pdf?nocache01>. Acesso em: 22 jun. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Processo Administrativo Sancionador e Atuação do MPF-Cade. Pin-Cade**. Fevereiro de 2020. [2020b]. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/dados-da-atuacao/representante-no-cade/transp/producao-tecnica/apresentacao-pincade-2020.pdf>.

Acesso em: 22 jun. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Relatório de Acompanhamento do Enforcement Antitruste no Ministério Público Brasileiro (atualizado até 17.17.2020)**. [2020c]. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/dados-da-atuacao/representante-no-cade/transp/procedimentos-de-acompanhamento/relatorio-de-enforcement-gabcade-31-07-202>. Acesso em: 20 jun. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Relatório de Atividades – Biênio 2019/2020 do Ofício do Ministério Público Federal junto ao Cade**. [2020d]. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr3/dados-da-atuacao/representante-no-cade/transp/relatorios-de-gestao/relatorio-de-gestao-bienio-2019-2020.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Resolução Conjunta PGR/Cade nº 1, de 30 de setembro de 2016**. Estabelece as condições para o exercício das funções do representante do Ministério Público Federal junto ao Cade [...]. [2016]. Disponível em: [https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/Resolucao\\_Conjunta\\_PGR\\_CADE\\_n\\_1.pdf](https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/Resolucao_Conjunta_PGR_CADE_n_1.pdf). Acesso em: 23 jun. 2021.

OCDE. **Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil, 2019**. Disponível em: [www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-andpolicy-brazil-2019.htm](http://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-andpolicy-brazil-2019.htm). Acesso em: 22 jun. 2021.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação** (Coleção Direito Econômico, coordenador Fernando Herren Aguillar). São Paulo: Saraiva, 2016.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Tutela da Livre Concorrência. Revista dos Tribunais Online. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 24/2004, Jan-Mar 2004.

PORTO, Giovana Vieira. A cessão de crédito devido por ressarcimento ao dano material oriundo de cartel: um novo business? **Revista de Defesa da Concorrência**, Vol. 5, nº 2, Novembro 2017, p. 131-162.

REFOSCO, Helena Campos. **Ação coletiva e democratização do acesso à justiça**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

STIGLITZ, Joseph E. **People, Power and Profits: Progressive capitalism for an age of discontent**. Great Britain: Allen Lane, 2019.

WU, Tim. **The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age**. New York: Columbia Global Reports, 2018.

#### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

PENEREIRO, Stephanie Vendemiatto; ARMANI, Wagner José Penereiro. A atuação do Ministério Público na Defesa da Concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 24-44, 2022.



# 3

## ALGORITMOS DE PRECIFICAÇÃO E CONLUIOS IMPLÍCITOS: O QUE DIZEM AS EVIDÊNCIAS?

Pricing algorithms and tacit collusion: what is the evidence?

Rutelly Marques da Silva<sup>2</sup>

Escola Nacional de Administração Pública (ENAP) - Brasília/DF, Brasil

Fernando Filgueiras<sup>3</sup>

Universidade Federal de Goiás (UFG) - Goiás/GO, Brasil

### RESUMO ESTRUTURADO

**Contexto (facultativo):** O uso de algoritmos de precificação tem se disseminado entre as empresas e, em virtude disso, aumentou a preocupação de pesquisadores e de autoridades antitruste quanto a possíveis impactos negativos na concorrência.

**Objetivo:** Identificar se, na literatura econômica, há evidências de conluios implícitos gerados por algoritmos de precificação e, com isso, contribuir para o aperfeiçoamento da política pública de defesa da concorrência.

**Método:** Esta pesquisa adota o método de revisão rápida da literatura sobre algoritmos de precificação. Foram selecionados 18 artigos que investigam a relação desses algoritmos com conluios implícitos a partir de modelos teóricos, modelos de simulação computacional, avaliações empíricas e análises

**Editor responsável:** Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braido, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

**ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

**Recebido em:** 26/10/2022

**Aceito em:** 26/10/2022

**Publicado em:** 02/12/2022

2 Consultor Legislativo. Doutorando em Políticas Públicas pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), Mestre em Economia pelo Centro de Desenvolvimento e Planejamento Regional (Cedeplar) da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e Bacharel em Ciências Econômicas pela UFMG. É professor colaborador dos cursos de MBA na área de regulação ofertados pela Fundação Getúlio Vargas de Brasília-DF e do MBA em Direito e Regulação do Setor Elétrico do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Brasília - DF. **E-mail:** [rutelly@gmail.com](mailto:rutelly@gmail.com); **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/8765538537978937>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-2807-8024>.

3 Professor associado da Faculdade de Ciências Sociais da Universidade Federal de Goiás (UFG). Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política e Relações Internacionais da UFG. Professor do Programa Profissional de Doutorado em Políticas Públicas da Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Professor afiliado no Ostrom Workshop on Political Theory and Policy Analysis, Indiana University. Pesquisador do Instituto Nacional de Ciência e Tecnologia (INCT) – Democracia Digital, Universidade Federal da Bahia (UFBA). Bolsista de Produtividade do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Filgueiras é doutor em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ). Entre suas obras, *Governance for the Digital World - Nem More State Nem More Market* (Palgrave, 2021), com Virgílio Almeida. Goiânia-GO. **E-mail:** [fernandofilgueiras@ufg.br](mailto:fernandofilgueiras@ufg.br); **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/4348768274838297>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-9570-8113>.

qualitativas.

**Conclusões:** Dos dezoito artigos selecionados para a revisão rápida, seis produzem evidências a partir simulações computacionais e duas a partir de modelos teóricos; nove discutem o tema em termos qualitativos e uma o faz empiricamente. As evidências de conluio implícitos decorrentes de algoritmos de precificação são baseadas em modelos teóricos e de simulação. Há, contudo, carência de evidências empíricas e associadas a casos julgados por autoridades de concorrência.

**Palavras-chave:** algoritmo; precificação; conluio implícito; concorrência; evidências.

## STRUCTURED ABSTRACT

**Context (optional):** Pricing algorithms have spread among companies. As a result, researchers and antitrust authorities are concerned about the impacts on reducing competition.

**Objective:** Identify whether, in the economic literature, there is evidence of tacit collusion by pricing algorithms and, thus, contribute to improve public policies for the defense of competition.

**Method:** This research adopts a rapid literature review on pricing algorithms. Eighteen articles were selected. They analyze the relationship of these algorithms with implicit collusion based on theoretical models, computer simulation models, empirical evaluations and qualitative analyses.

**Conclusions:** Of the eighteen articles selected for rapid review, six produce evidence from computer simulations and two from theoretical models; nine discuss the issue in qualitative terms and one does it empirically. The review shows that evidence of implicit collusion arising from pricing algorithms is based on theoretic and in simulation models. There is a lack of empirical evidence associated with cases of antitrust judged by competition authorities.

**Keywords:** algorithm; pricing; implicit collusion; competition; evidence

**Classificação JEL:** K21.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Conluio implícito: conceito e o seu enquadramento na legislação antitruste; 3. Os algoritmos de precificação e sua possível relação com o conluio implícito; 4. As evidências de impactos dos algoritmos de precificação no conluio implícito; 4.1. Das evidências a partir de modelos computacionais; 4.2. Das evidências empíricas; 4.3. Das evidências teóricas; 4.4. Das evidências qualitativas; 5. Implicações para a autoridade antitruste brasileira; 6. Considerações Finais; 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Em abril de 2011, dois vendedores independentes anunciaram na Amazon Marketplace o livro *The Making of a Fly* por um preço comercial. Em dez dias, o preço de venda de cada exemplar atingiu US\$ 23,7 milhões, muito superior àquele associado à venda de 15 unidades usadas (US\$ 35,34). O surpreendente preço foi explicado pela interação dos algoritmos de precificação de ambos os vendedores, que teria produzido um *feedback* positivo infinito e, em consequência, provocado uma espiral de preços.

O fato narrado acima é um alerta sobre os impactos dos algoritmos de precificação na



concorrência. Algoritmos têm assumido um lugar central na economia política contemporânea, uma vez que eles organizam e estruturam o acesso de consumidores a serviços, bens e informação, conformando uma nova dinâmica de poder nas sociedades contemporâneas (CULPEPPER; THELEN, 2021). Os *feedbacks* positivos dão origem a um novo processo de institucionalização na economia e criam dificuldades para os formuladores de políticas na regulação dessa nova dinâmica econômica.

Inspirados em Ezrachi e Stucke (2016) e em Mehra (2016), vários estudos foram desenvolvidos com vistas a discutir os impactos dos algoritmos de precificação na concorrência, dentre os quais o surgimento de conluíus implícitos a partir de decisões autônomas desses algoritmos. Em virtude da capacidade de aprendizado, essas ferramentas digitais, na resolução da tarefa de maximizar o lucro das empresas e a partir da lógica de que a recompensa (preços elevados) é incentivada por uma punição (guerra de preços), definiriam um preço acima daquele que seria o preço concorrencial.

Em geral, o uso e o avanço de algoritmos para resolver diferentes problemas leva em consideração uma lógica consequencialista, considerando custos e benefícios para que os agentes tomem uma decisão ou realizem uma ação. A digitalização não segue uma lógica de apropriação do comportamento dos algoritmos aos requisitos institucionais e normas que organizam a sociedade (FILGUEIRAS, 2021). Assim, algoritmos implicam novas dinâmicas institucionais, em que eles transformam vários aspectos da sociedade ao criar novas regras e normas para o funcionamento da sociedade e ao mudar as instituições existentes em função de inovações que desafiam a ordem social (ALMEIDA; FILGUEIRAS; MENDONÇA, 2022).

A possibilidade de algoritmos de precificação favorecerem ou formarem conluíus, explícitos ou implícitos, traz desafios para as autoridades antitruste, responsáveis pela repressão e pela prevenção de condutas lesivas à concorrência. Isso porque novos elementos precisam ser agregados às investigações de conluíus e às análises das operações de fusões e aquisições.

Nesse contexto, como forma de contribuir com o aperfeiçoamento da política pública de defesa da concorrência, o objetivo deste artigo é identificar evidências de conluíus implícitos gerados por algoritmos de precificação. Para tanto, a segunda seção deste estudo discute o conceito de conluio implícito; a terceira tem como objeto a relação conceitual dos algoritmos de precificação com o conluio implícito; a quarta seção apresenta as evidências identificadas na literatura sobre a associação em questão; a quinta seção levanta algumas implicações para a autoridade antitruste brasileira; a sexta seção expõe as considerações finais.

## **2. CONLUIO IMPLÍCITO: CONCEITO E O SEU ENQUADRAMENTO NA LEGISLAÇÃO ANTITRUSTE**

Em termos jurídicos, o conluio (ou cartel) exige a comunicação e um acordo entre empresas que concorrem entre si, em um ambiente no qual essas empresas tentam e usam instrumentos para disfarçar o arranjo.

Já no âmbito econômico, o conluio é entendido de forma mais ampla, pois está associado à prática de preços acima do preço concorrencial em decorrência de um comportamento coletivo. Ou seja, as empresas poderiam praticar um preço acima do preço concorrencial ainda que não tenham combinado uma estratégia com essa finalidade. Por isso, em economia, há os cartéis: (i) explícitos, nos quais as empresas acordam uma determinada prática empresarial, que podem ser formados

a partir de acordos explícitos ou tácitos, e que são equivalentes ao conceito de conluio adotados por advogados; e (ii) os implícitos, onde o acordo entre as empresas não existe<sup>4</sup>. Como mencionam Calvano *et al.* (2020), citando Harrington (2018), o conluio para os economistas é um esquema de punição e recompensa, desenhado para incentivar a prática pelas empresas de preços acima do nível concorrencial<sup>5</sup>.

Os conluios implícitos são, como mostra Silva (2005), resultantes da dinâmica de interação entre as empresas no mercado em que atuam. A constante interação entre elas pode levar a um preço de equilíbrio similar ao preço praticado por um cartel explícito, mesmo sem comunicação mútua. Para entender essa conclusão, basta considerar a situação hipotética em que apenas duas empresas, A e B, atuam em um determinado mercado. A empresa A, sem que tenha havido alteração que afete as suas curvas de oferta e demanda, aumenta o preço em um momento  $t$ . Se a rival B acompanha esse movimento, A permanece com o preço elevado em  $t+1$ , ou seja, houve um conluio implícito para elevar o preço de mercado. Caso contrário, A retorna ao preço de  $t-1$ . Qualquer tentativa de uma das empresas em ganhar mercado por meio da redução de preço terá como consequência uma guerra de preços, uma forma de punição pelo rompimento do conluio implícito.

Como o conluio explícito é um ilícito, espera-se que as empresas interessadas em distorcer a concorrência busquem instrumentos capazes de: promover o conluio sem que elas precisem discutir e acordar a prática com suas rivais, ou seja, instrumentos capazes de acentuar o papel da interação de mercado como meio de viabilizar e tornar estável o conluio implícito; e descaracterizar as preocupações do órgão antitruste com os conluios durante a análise de um ato de concentração. Entra em cena, então, os efeitos potenciais dos algoritmos de precificação.

### 3. OS ALGORITMOS DE PRECIFICAÇÃO E SUA POSSÍVEL RELAÇÃO COM O CONLUIO IMPLÍCITO

Hutchinson, Ruchkina e Pavlikov (2021) apontam que, embora não haja consenso, o termo algoritmo pode ser definido como uma sequência de operações destinadas a executar tarefas ou resolver problemas<sup>6</sup>. Nos últimos anos, um progresso notável ocorreu no desenho de algoritmos (RUSSELL, 2019). O desenvolvimento de algoritmos está associado à evolução da capacidade computacional e proliferação de big data. Entre os algoritmos, chamam atenção os algoritmos de aprendizado de máquina. Esses softwares, em vez de especificar regras e rotas passo a passo que os algoritmos tradicionais seguem, aprendem com exemplos, dados e experiências.

Os algoritmos de aprendizado de máquina fazem parte de uma família de métodos de inteligência artificial (IA), que incluem aprendizado profundo e aprendizado por reforço (KELLEHER,

4 Na economia, o conluio implícito também é denominado de conluio tácito. Neste artigo, optou-se pelo termo implícito para diferenciar o tipo de conluio na concepção econômica (explícito ou implícito) do tipo de acordo associado ao conluio na concepção dos advogados (explícito ou tácito). Uma discussão sobre as diferenças entre advogados e economistas em torno do conceito de conluio pode ser encontrada em Ong (2021) e em Motta (2004).

5 No plano jurídico, os conluios implícitos são sinônimos de paralelismo consciente, paralelismo de conduta e preços de oligopólio (ZHENG; WU, 2019).

6 O autor atribui tal definição a Knuth (1997). Não se deve confundir algoritmo com sistema algorítmico. Conforme Almeida, Filgueiras e Mendonça (2022), enquanto o primeiro seria uma descrição abstrata e formal de um procedimento computacional associado a outras formas computacionais, o segundo envolveria uma combinação de componentes computacionais e sociais. Essa distinção tem implicações que não serão abordadas neste artigo, tais como a maneira de lidar com os resultados gerados pelos algoritmos de precificação.

2019); eles impulsionam *softwares* modernos incorporados em assistentes pessoais virtuais, carros autônomos, mecanismos de recomendação, ferramentas de reconhecimento de imagem e voz e serviços de tradução de idiomas.

Para o tema tratado neste artigo, o interesse está nos algoritmos voltados à precificação e baseados em estratégias de aprendizagem de reforço porque eles emulam o que ocorre em um conluio implícito. Esses *softwares* resolvem tarefas com base na experiência e que estão associados à tomada de ações e à interação com um determinado ambiente com vistas a maximizar a recompensa total. Conforme apontam Assad et al. (2021), a recompensa (manter os preços elevados até ocorrer uma redução pelos concorrentes), a guerra de preços (para punir o rival que reduziu preços) e o perdão (elevação de preços) são característica do conluio, a exemplo do exposto na seção anterior.

Ezrachi e Stucke (2016)<sup>7</sup> dividem os conluios envolvendo os algoritmos de precificação em quatro categorias: mensageiro (*messenger*), *hub-and-spoke*, agente previsível (*predictable agente*) e máquina autônoma (*digital eye*)<sup>8</sup>. Na categoria mensageiro, o algoritmo de precificação é usado para implementar o cartel e suas decisões, como no caso do monitoramento dos preços para identificar traições. A categoria *hub-and-spoke* se caracteriza pela existência de uma terceira parte (o algoritmo, o hub) assumir o papel de vendedor e definidor do preço de vários concorrentes (*spoke*) que formaram o cartel. No caso do agente previsível, cada concorrente usa o seu próprio algoritmo para monitorar os preços no mercado e ajustar os seus preços aos praticados pelos rivais. Por fim, na categoria máquina autônoma, os algoritmos determinam a melhor forma de maximizar o lucro da empresa. Enquanto as duas primeiras categorias estão associadas aos conluios explícitos, porque envolvem a existência de um acordo entre as empresas concorrentes, as duas últimas se relacionam aos conluios implícitos, já que exigem apenas a interação entre as empresas no âmbito do mercado. Os riscos de conluios associados às duas primeiras categorias já são verificados em situações concretas.

Bernhardt e Dewenter (2020) citam o Caso Topkins, em que varejistas usaram seus algoritmos para ajustar seus preços em ações coordenadas, permitindo-lhes reagir instantaneamente às flutuações de preços. Trata-se, portanto, de um acordo baseado na coordenação humana e que foi implementado por algoritmos, usados como mensageiros entre as empresas na fixação de preços. Os autores também relatam um caso similar ocorrido no Reino Unido: a empresa Trod Ltd firmou um acordo com outro vendedor para manter seus preços em determinados níveis e implementou o cartel usando um *software* de precificação.

Šmejkal (2017) menciona uma condenação antitruste envolvendo a categoria *hub-and-spoke*. No caso Meyer versus Kalanick, um tribunal de Nova Iorque, Estados Unidos, considerou que o preço praticado pelo aplicativo Uber era fruto da certeza dos motoristas vinculados ao aplicativo de que nenhum motorista ofereceria outro preço ao cliente. Em razão disso, o juiz responsável pelo caso considerou que a Kalanick havia criado um acordo entre o hub (Kalanick-Uber) e os *spokes* (motoristas) e um acordo entre os motoristas. Šmejkal (2017) cita ainda outro caso do tipo *hub-and-spoke*, julgado na União Europeia: a Eturas, ofertante de *software* de reservas online às agências de viagens, as informou que, para “normalizar a concorrência”, tal *software* limitaria o nível máximo de descontos oferecidos em 3%.

7 Ezrachi e Stucke (2016) e Mehra (2016) são apontados como pioneiros no estudo dos impactos dos algoritmos de precificação na concorrência.

8 Klein (2021), Calvano et al. (2019) e Bernhardt e Dewenter (2020) utilizam classificações distintas, mas alinhadas à categorização de Ezrachi e Stucke (2016).

No caso brasileiro, o Grupo de Trabalho em Economia Digital das Autoridades de Concorrência dos BRICS<sup>9</sup> menciona o uso de *software* para coordenar aumentos de preço e para monitorar o acordo em três mercados: reservas de bilhetes aéreos por agências de turismo, nos quais as empresas áreas discutiam os aumentos; serviços prestados pelos Centros de Formação de Condutores (CFC); fabricação de placas para veículos. Esses casos, todavia, não envolvem algoritmos alcançados pela definição de Hutchinson, Ruchkina e Pavlikov (2021).

Os órgãos antitruste de vários países se preparam para enfrentar os desafios associados aos algoritmos de precificação. Hansen, Misra e Pai (2021b) apontam que a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) emitiu esclarecimentos não vinculativos sobre algoritmos computacionais e conluíus no mercado (OECD, 2017). O'Connor e Wilson (2021) mencionam que a Autoridade de Concorrência e Mercados do Reino Unido (*Competition Market Authority - CMA*) divulgou um white paper descrevendo os fatores de risco associados ao uso de algoritmos de precificação (CMA, 2018). Assad *et al.* (2021) citam que a OCDE, um Comissário da *Federal Trade Commission* (FTC), a CMA no Reino Unido e as autoridades de concorrência francesas, alemãs e canadenses levantaram preocupações sobre o risco de conluio em decorrência de algoritmos de precificação. A FTC (SMITH, 2020), inclusive, emitiu orientações sobre o uso de Inteligência Artificial em mercados. Por fim, Klein (2021) informa que a Comissão Europeia já identifica o risco de conluio implícito em decorrência de algoritmos como um tópico potencial para investigação<sup>10</sup>.

Como as preocupações com os algoritmos de precificação se disseminam entre autoridades concorrenciais de diversos países, e visando a contribuir para que a autoridade antitruste brasileira possa se estruturar para lidar com eventuais casos concretos, é relevante identificar evidências científicas relacionadas ao tema já produzidas.

#### 4. AS EVIDÊNCIAS DE IMPACTOS DOS ALGORITMOS DE PRECIFICAÇÃO NO CONLUIO IMPLÍCITO

Uma forma de identificar evidências de associação entre algoritmos de precificação e conluio implícito é a realização de uma revisão rápida na literatura<sup>11</sup>. Conforme Petticrew e Roberts (2006), trata-se de uma revisão a partir de uma sistematização, realizada dentro de um tempo limitado e com restrições no escopo da pesquisa<sup>12</sup>. Gavine *et al.* (2018) apontam que as conclusões principais de uma revisão rápida não diferem extensivamente daquelas obtidas por uma revisão sistemática. Assim, a revisão rápida permite uma indicação segura da direção da literatura sobre determinado problema científico.

As publicações selecionadas para a revisão rápida consistem em artigos que estavam disponíveis nas bases de periódicos Scopus, Proquest e Jstor na data de 3 de maio de 2022 e que continham as expressões “*algorithmic pricing*” e “*collusion*” em seus títulos, resumos ou corpos. Não

9 Grupo de Trabalho em Economia Digital das Autoridades de Concorrência (BRICS, 2019).

10 No Brasil, ainda não há iniciativas de porte semelhante.

11 Gavine *et al.* (2018) discorrem sobre o uso de revisões da literatura como forma de produzir evidências em políticas públicas.

12 Gavine *et al.* (2018) mencionam que não há um consenso em torno da definição de revisão rápida e da metodologia nela empregada, mas apontam características que lhe são comuns: foco; estratégia de busca menos sofisticada, uso apenas evidências altamente processadas; não inclusão da chamada literatura cinzenta; e omissão ou realização de apenas uma avaliação básica de qualidade.

foi aplicado filtro associado ao ano da publicação.

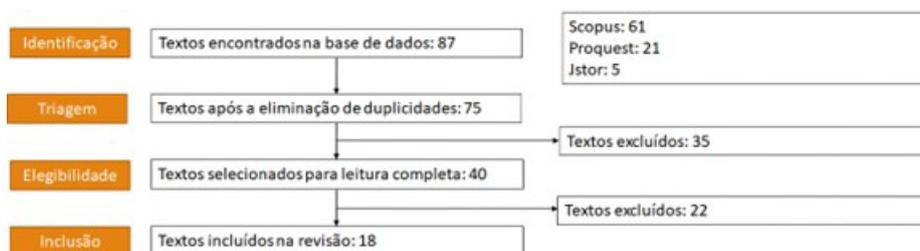
A Figura 1 demonstra as etapas de seleção dos textos incluídos na revisão rápida.



Fonte: elaboração própria.

Foram incluídas na revisão rápida as publicações que investigaram a relação entre algoritmos de precificação e conluios implícitos. A Figura 2 apresenta o prisma da revisão rápida.

Figura 2 – Prisma da revisão rápida



Fonte: elaboração própria.

Conforme ilustra a Figura 2, dos 87 estudos identificados nas bases de periódicos consultadas, apenas 18, publicados entre 2019 e 2022<sup>13</sup>, foram incluídos na revisão rápida<sup>14</sup>. Na fase da triagem, foram eliminados os textos cujos resumos indicavam não haver reflexão acerca do papel dos algoritmos de precificação na formação de conluios implícitos entre empresas; são os casos de publicações que se propõem enfatizar questões éticas, mecanismos de *desing*, discriminação de preços e outras práticas empresariais. Quanto ao critério de elegibilidade e de inclusão na revisão rápida, foi avaliado se a publicação tem como objetivo discutir a relação entre algoritmos de precificação e conluios implícitos entre empresas. Nesse contexto, por exemplo, foram excluídas aquelas publicações com ênfase em possíveis mudanças nos guias destinados às análises de concentração horizontal e nos desafios da

13 O texto mais antigo identificado nas bases de periódicos foi publicado em 2008, mas não atendeu aos critérios para inclusão na revisão rápida. O mesmo ocorreu com o texto mais antigo que passou por leitura completa, publicado em 2016.

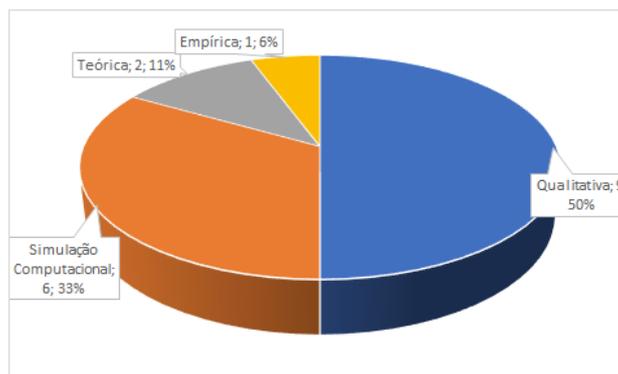
14 A leitura dos textos incluídos na revisão rápida mostrou que há outros anteriores à 2019 potencialmente elegíveis para uma revisão sistemática, mas que não foram alcançados pela pesquisa realizada neste estudo. Algumas possíveis explicações para a exclusão de textos dessa natureza: são livros; não estavam nas bases de periódicos consultadas; e não continham as duas expressões de busca.

legislação antitruste frente aos algoritmos de precificação.

Considerando que o objetivo do estudo é identificar evidências da associação entre algoritmos de precificação e conluíus implícitos, eles foram classificados conforme a metodologia analítica empregada: (i) modelos de simulação computacional; (ii) modelos empíricos; (iii) modelos teóricos; (iv) análises qualitativas.

O Gráfico 1 apresenta os 18 textos incluídos na revisão rápida segundo o tipo de evidência por eles produzidos.

**Gráfico 1 – Textos da revisão rápida segundo o tipo de abordagem empregada**



Fonte: elaboração própria.

Conforme ilustra o Gráfico 1, 9 textos que produzem evidências da associação entre algoritmos de precificação e conluio implícitos o fazem a partir de análises qualitativas, 6 a partir de simulações computacionais e 2 a partir de modelos teóricos. Apenas 1 apresenta evidência empírica. É oportuno esclarecer a classificação de três estudos: Hansen, Misra e Pai (2021b), Assad et al. (2021) e Thépot (2021). O primeiro, embora envolva uma simulação e um teste empírico, teve foco na simulação, razão pela qual foi classificado como evidência de simulação computacional. O segundo, apesar de discorrer sobre estudos de simulação e um estudo empírico, foi classificado como empírico porque, para efeitos da revisão rápida, o fato novo apresentado é justamente a evidência empírica. Já o terceiro foi classificado como evidência teórica, mas cita um estudo empírico.

#### 4.1. Das evidências a partir de modelos computacionais

Calvano *et al.* (2020) estudam o comportamento de algoritmos alimentados por Inteligência Artificial (do tipo *Q-learning*) em um modelo de oligopólio de competição de preços. De acordo com os autores, os algoritmos aprendem consistentemente a cobrar preços acima do preço concorrencial (ainda que inferiores ao preço de monopólio) sem que se comuniquem uns com os outros. Esses preços são sustentados por estratégias de conluio, com uma fase finita de punição seguida de um retorno gradual à cooperação. A assimetria entre as empresas não torna o problema de coordenação mais difícil para os algoritmos, mas simplesmente os leva a coordenar em uma solução que não alcance o preço de monopólio ou de um cartel explícito. A variabilidade da demanda impede o conluio entre as empresas, mas não a elimina, e a entrada de uma nova empresa no mercado reduz o lucro do conluio. Calvano *et al.* (2020) argumentam que as autoridades antitruste devem ter instrumentos para testar algoritmos de precificação em ambientes que reproduzam o setor investigado.

Hansen, Misra e Pai (2021b), a partir do algoritmo *Upper Confidence Bound (UCB) – tuned*, assumem que (i) as demandas das duas empresas são estáticas, o que evita viés no experimento decorrente do aprendizado do consumidor quanto à fixação de preços pelo algoritmo, e (ii) as firmas não observam o preço e a quantidade vendida da rival. Os autores concluem que, se o valor informativo dos experimentos algorítmicos de preços é baixo (o que ocorre com mais ruídos na demanda), os preços de longo prazo são consistentes com preços concorrenciais; se altos (menos ruídos na demanda), são acima do preço concorrencial; ou seja, a ausência do ruído aumenta a correlação entre os preços das empresas. Também foi constatado que os algoritmos que não forçam correlação nos preços geram preços concorrenciais em todas as configurações de ruído; quando várias empresas empregam algoritmos idênticos, o aprendizado do algoritmo pode ser focado distante dos preços concorrenciais, resultando em preços acima do preço concorrencial.

Klein (2021) investiga se algoritmos de precificação com base em *Q-learning* aprendem a realizar conluíus. O autor promove uma comparação do lucro obtido pelo algoritmo com os lucros teóricos de concorrência e de cartel e conclui que, quando o número de preços discretos é limitado, algoritmos *Q-learning* de empresas concorrentes geralmente se coordenam em equilíbrios colusivos. A coordenação ocorre mesmo que o algoritmo não se comunique e seja instruído apenas a maximizar o lucro individual da firma para o qual opera. O algoritmo *Q-learning* aprende o benefício de curto prazo de reduzir ligeiramente o mercado de seu concorrente, mas também aprende com a experimentação o benefício de longo prazo de redefinir o declínio gradual de preços com um grande aumento de preços quando os preços se tornam baixos, ou seja, o algoritmo aprende que a punição ao rival tem um limite. Klein (2021) observa, contudo, que é necessário melhor compreensão empírica quanto à aplicação das conclusões de simulações no mundo real e que as investigações de órgãos antitruste podem contribuir com esse objetivo. Em paralelo, o autor sugere avaliar medidas regulatórias para enfrentar o conluio autônomo por parte dos algoritmos de precificação, tais como proibição de firmas atualizarem preços de forma sequencial e de o algoritmo considerar o preço dos rivais na definição do preço da firma para o qual opera<sup>15</sup>, e repensar as bases das leis antitrustes, já que elas exigem prova da comunicação entre rivais para promover a existência do conluio.

Calvano *et al.* (2021) analisam se algoritmos *Q-learning* apreendem a formar conluio a partir de um modelo de oligopólio de Cournot com monitoramento imperfeito. Os autores concluem que esses algoritmos podem aprender: a formar um conluio em um ambiente com monitoramento imperfeito sem ter sido instruído a fazê-lo mesmo sem comunicação entre eles, bem como reduzir a produção para aquém do nível concorrencial para, com isso, aumentar preços e lucros. Os resultados de conluio podem ser sustentados em ambientes estocásticos, com a ressalva de que o nível de conluio diminui à medida que os choques de demanda aumentam.

Kastius e Schlosser (2022) estudam o desempenho dos algoritmos de precificação *Deep Q-Networks (DQN)* e *Soft Actor Critic (SAC)* em diferentes modelos de mercado e verificam que o algoritmo pode identificar qual preço praticado pelas empresas do mercado geram o maior lucro possível. Com isso, o algoritmo pode punir as empresas rivais se elas não fixarem esse preço, o que é uma característica do conluio implícito.

Sanchez-Cartas e Katsamakakos (2022) utilizam um modelo que considera dois algoritmos de precificação (*Q-learning* e *Particle Swarm Optimization algorithms - PSO*), duas firmas e três

<sup>15</sup> Essas sugestões aparentam não são triviais e, portanto, exigem análise aprofundada para discutir se são factíveis de implementação.

estruturas de demanda (Logit, Hotelling e linear). Os autores apontam que: o algoritmo *Q-learning* tende a definir preços acima do nível concorrencial, o que não significa necessariamente tendência ao conluio; esses preços dependem da estrutura de mercado, ou seja, não são resultados automáticos do algoritmo; mudanças no desenho dos algoritmos podem levá-los a definir preços mais próximos dos concorrenciais; quando as empresas usam algoritmos diferentes, eles podem gerar dispersão de preços e o preço acima do concorrencial pode ser menor; ao enfrentar um concorrente que não usa algoritmo, ambos os algoritmos tendem a definir preço acima do concorrencial, mas o concorrente sem algoritmo tem maior benefício. Diante disso, os autores ponderam que as autoridades antitruste devem focar suas investigações em mercados oligopolizados, a partir de uma abordagem caso a caso, o que exige acesso à arquitetura do algoritmo. Ademais, apontam que algoritmos voltados aos consumidores podem reduzir a capacidade de as empresas definirem preços acima dos preços concorrenciais.

Um aspecto a ser observado acerca dos modelos utilizados para produzir evidências da relação entre algoritmos de precificação e conluio implícitos é que, como apontam Gautier, Ashwin e Van Cleynenbreugel (2020), a quantidade de interações do algoritmo para gerar o resultado de conluio implícito pode, na prática, inviabilizar esse resultado, ou seja, o tempo de convergência para um equilíbrio pode ser longo. Calvano et al. (2019) também reconhecem as limitações dos algoritmos, os quais enfrentariam três obstáculos, estabilidade, adaptação e escalabilidade.

#### 4.2. Das evidências empíricas

Assad et al. (2021) abordam estudos baseados em ferramentas experimentais e em técnicas empíricas envolvendo os algoritmos de precificação. Um desses estudos é Assad et al. (2020)<sup>16</sup>, que constatam que a adoção do algoritmo de precificação no mercado varejista alemão de gasolina aumentou preços e margens para postos não monopolistas<sup>17</sup>; para mercados em duopólio, isso somente ocorreu quando ambos os concorrentes adotaram o algoritmo, o que reforçaria a tese de que a disseminação dos algoritmos de precificação favorece o conluio implícito. Veljanovski (2022) relativiza essa evidência empírica, argumentando que o setor de revenda de combustíveis tem apresentado comportamento cartelizado, de forma que o resultado de Assad et al. (2021) pode estar refletindo um cartel que já existiria no setor e não um conluio implícito provocado por algoritmo de precificação.

Embora não tenha sido classificado nesta revisão rápida como produção de evidência empírica da associação entre algoritmo de precificação e conluio implícito, cabe abordar nesta subseção os resultados de uma investigação empírica produzida por Hansen, Misra e Pai (2021b). Esses autores, além do experimento simulado abordado na subseção 4.1, testaram empiricamente o modelo que desenvolveram. A partir dos dados usados por Chen, Mislove e Wilson (2016), Hansen, Misra e Pai (2021b) concluem que os dois maiores vendedores de produtos no sítio eletrônico da Amazon com menor variação de demanda têm uma correlação mais alta nos preços ao longo do tempo e preços relativos mais altos em relação a outros vendedores. Esses achados são consistentes com os resultados da simulação, segundo os quais os mercados com menor ruído têm as correlações

16 Esse texto não foi identificado na busca nas bases de periódicos consultadas provavelmente por se tratar de um texto para discussão. Contudo, Assad et al. (2021) praticamente reproduzem o estudo de Assad et al. (2020).

17 Postos monopolistas já operam com preço de monopólio. Por isso, o uso de um algoritmo de precificação por um revendedor monopolista não teria o efeito de induzir ao conluio implícito.



mais altas nos preços e níveis mais altos de preços. Como algumas hipóteses do modelo simulado não foram observadas no estudo empírico, os autores alegam que não é possível afirmar que a correlação verificada é explicada unicamente pelo modelo teórico do artigo.

Por fim, Thépot (2021) menciona que Brown e MacKay (2021)<sup>18</sup> realizam uma análise empírica dos preços horários de medicamentos para alergia de cinco varejistas *online* nos Estados Unidos, cujas estratégias de precificação se davam por algoritmos que operam em tempo real. Os preços dos medicamentos teriam aumentado nesse período.

#### 4.3. Das evidências teóricas

Thépot (2021) discute como formas implícitas de conluio surgem em um oligopólio de produto homogêneo, de fixação de preços, com retornos decrescentes de escala e onde os algoritmos de precificação implementam políticas de correspondência. O modelo desenvolvido pelo autor diferencia o *match* de preços em queda do *match* de preços em elevação e considera que as firmas usam o mesmo algoritmo de precificação. O autor conclui que os algoritmos levam a uma multiplicidade de equilíbrios com preços acima do preço concorrencial, além de tornarem os conluios mais viáveis ou menos instáveis. Por outro lado, os algoritmos de precificação, ao substituírem os intermediários nas transações, melhoram o bem-estar social se os custos de codificação não forem muito altos e contribuem para a estabilidade da indústria. Diante do potencial impacto negativo na concorrência, Thépot (2021) sugere alterações no *design* dos algoritmos de precificação, de forma a configurar sistemas de monitoramento que bloqueiam aqueles algoritmos que incorporem mecanismos de correspondência bidirecional, e nas políticas das plataformas de comércio digital com vistas a privilegiar ofertantes pioneiros em descontos de preços. Também defende a ênfase nas políticas antitruste destinadas a reduzir as barreiras à entrada.

Por sua vez, O'Connor e Wilson (2021) desenvolvem um modelo para avaliar como uma tecnologia que prevê perfeitamente um choque de demanda estocástico negativo altera o caráter e a sustentabilidade do conluio. O modelo considera que duas firmas estão sujeitas a dois diferentes tipos de choques de demanda negativos (um previsível e outro imprevisível) e que a sustentabilidade das estratégias de equilíbrio colusivo depende de as empresas terem acesso a uma tecnologia (no caso, a Inteligência Artificial) que lhes permita prever ou observar perfeitamente um dos choques. Os autores demonstram que a melhoria exógena na capacidade das empresas em prever a demanda por meio da Inteligência Artificial pode tornar viável o conluio onde anteriormente era insustentável (porque é possível distinguir a traição do rival de uma queda geral na demanda do mercado); ou pode tornar o conluio mais lucrativo onde anteriormente já existia (porque permite o melhor preço de conluio para o contexto do mercado). Por outro lado, o aumento na transparência proporcionado pelo uso da Inteligência Artificial também pode comprometer o conluio onde era possível (porque facilita que a empresa avalie o melhor momento de romper o cartel implícito); os consumidores ganham mais com a introdução da Inteligência Artificial quando a probabilidade do choque de demanda agora previsível é grande em relação à probabilidade daquele que ainda não é observável.

#### 4.4. Das evidências qualitativas

---

18 Esse texto não foi alcançado pela revisão provavelmente por não ter sido publicado como artigo científico.

A opção por incluir textos que realizam uma análise conceitual, analítica ou interpretativa sobre os algoritmos de precificação propriamente ditos ou sobre publicações que buscaram investigar a associação entre esses algoritmos e conluíus implícitos<sup>19</sup> está assentada em três razões: as discussões conceituais, analíticas e interpretativas também são formas de produção de evidências, principalmente em um tema incipiente, como é o caso do objeto deste estudo; possibilidade de incorporar, ainda que indiretamente, as conclusões de estudos não captados pelos critérios de identificação adotados nesta revisão rápida; discussão das limitações das evidências produzidas pelos modelos computacionais, alguma das quais destacadas na subseção 4.1.

Calvano *et al.* (2019) argumentam que a conclusão de que os algoritmos de aprendizado podem gerar conluíus implícitos, sem serem orientado para tal e sem haver comunicação com concorrentes, é limitada porque há desafios tecnológicos associados à capacidade de processamento de dados pelos algoritmos, além de eles não incorporarem características complexas da realidade econômica.

Bernhardt e Dewenter (2020) discutem dois cenários em que os algoritmos de precificação ameaçam a concorrência: quando conspiram por conta própria (conluio algorítmico propriamente dito)<sup>20</sup> e quando são usados para formar um conluio (conluio por código). Os autores afirmam que várias condições impedem uma prevalência duradoura do conluio algorítmico e que, na prática, pode ser difícil estabelecer se os preços criados por algoritmos foram configurados de maneira ilegítima. Há, ainda, fatores que impedem o conluio algoritmo, tais como a grande quantidade de concorrentes, a mudança das condições de mercado devido a entradas ou saídas de empresas e, principalmente, produtos heterogêneos. Portanto, os resultados de conluio são improváveis de ocorrer, já que a capacidade de comunicação dos algoritmos é ainda limitada, além de serem baixas as chances de duas empresas implantarem algoritmos de precificação compatíveis e capazes de ler um ao outro e de receber os mesmos dados de entrada.

Gautier, Ashwin e Van Cleynenbreugel (2020) analisam a literatura com vistas a fornecer uma descrição mais objetiva das capacidades das tecnologias de Inteligência Artificial se envolverem em conluíus implícitos. De acordo com o apurado pelos autores: a literatura econômica aponta, inclusive com experimentos computacionais, que existe risco de conluio implícito por parte dos algoritmos de preços; não há casos comprovados na vida real de conluio implícito algorítmico; é improvável, pelo menos em um futuro próximo, que algoritmos sofisticados de precificação baseados em aprendizado de máquina sejam implantados em mercados altamente concorrenciais, com um grande número de produtos diferenciados e baixas barreiras à entrada; a complexidade computacional envolvida na expansão do uso de algoritmos de precificação é significativa; o aumento do número de agentes no mercado torna o ambiente não estacionário<sup>21</sup>, o que elimina a garantia de que o algoritmo convergirá para um equilíbrio concorrencial ou colusivo; o tempo de convergência pode ser relativamente longo e, assim, inviabilizar o conluio implícito; a maioria dos modelos que apontam evidências de conluio implícito tende a ignorar algumas características e incertezas importantes dos negócios

19 Os textos tratados nesta subseção não são revisões sistemáticas da literatura, embora acabem fazendo uma compilação de várias publicações.

20 A possibilidade de os algoritmos de precificação gerarem conluíus implícitos cunhou a expressão conluio algorítmico. Embora não seja o foco deste artigo, a diferenciação do conluio algorítmico do conluio implícito, como sugere Calzolari (2021), pode ser uma forma de tornar ilícito o preço acima do concorrencial definido pelos algoritmos. De certa forma, essa diferenciação está alinhada ao entendimento de Almeida, Filgueiras e Mendonça (2022) de que algoritmos se transformaram em instituições.

21 Um ambiente não estacionário é aquele cujas regras de funcionamento (no caso, as políticas das empresas) se alteram ao longo do tempo.



reais. Em virtude disso, modificações significativas na política antitruste ou nas leis antitruste seriam prematuras.

Šmejkal (2021) discute os desafios que o crescente uso da Inteligência Artificial representam para a proteção da concorrência, em particular os impactos dos algoritmos que coletam e processam grandes quantidades de dados para os *gatekeepers* da Internet. O autor argumenta que: o comércio *online*, juntamente com sistemas de Inteligência Artificial que detectam instantânea e continuamente o comportamento de outros participantes do mercado, priva a suposição de incerteza concorrencial e, logo, facilita o cartel; a literatura e os estudos empíricos sobre as consequências concorrenciais de maior transparência proporcionada pelos algoritmos mostram elevações nos níveis de preços, mesmo sem contatos diretos entre empresas; a Inteligência Artificial torna possível o conluio implícito entre um número maior de empresas e com sustentabilidade por um período de tempo mais longo; não há unanimidade na literatura quanto à possibilidade de as empresas mudarem seu comportamento. Šmejkal (2021) considera que os danos potenciais podem ser mitigados, pois o monitoramento de preços por Inteligência Artificial permite que compradores encontrem ofertas não envolvidas em conluio algorítmico ou detectem e denunciem o conluio. Ademais, novos arranjos legais capazes de punir as empresas pela adoção da conduta podem abalar as condições de sustentabilidade do conluio<sup>22</sup>.

Hutchinson, Ruchkina e Pavlikov (2021) avaliam os riscos de conluio associados ao uso de algoritmos de precificação e discutem se o conceito de “acordo” para fins antitruste precisa ser revisto. Os autores ponderam que, quanto mais empresas fazem uso de algoritmos que permitem a comunicação direta e indireta entre os concorrentes, maior a probabilidade de essas empresas serem consideradas responsáveis por eventuais ilícitos concorrenciais. Além disso, os algoritmos podem facilitar o conluio por aumentarem a transparência do mercado e a frequência das interações entre rivais e por eliminarem a necessidade de os concorrentes se comunicarem diretamente uns com os outros.

Wech e Weck (2021) abordam os paralelos existentes entre os cenários de propriedade comum de empresas e os algoritmos de precificação. Os autores argumentam que os algoritmos de precificação facilitam o conluio porque aumentam a transparência e a frequência dos ajustes de preços. Com isso, o conluio a partir de algoritmos de precificação pode tornar dispensáveis os acordos explícitos de conluio porque os participantes do conluio podem concordar quanto à precificação do algoritmo e sua configuração em vez de acordar preços. Os autores observam, ainda, que a frequência do reajuste de preços pode tornar difícil a obtenção de provas. Nesse contexto, eles sugerem (i) inversão do ônus da prova em casos de conluios implícitos, de forma que as empresas demonstrem que o preço cobrado não é excessivo<sup>23</sup>, e (ii) responsabilização das empresas que usam algoritmos de precificação.

Matin (2021) pondera que o conluio algoritmo enfrenta desafios técnicos, tais como acesso a dados privados e públicos, a interação com parceiros adaptativos que também podem estar aprendendo e a existência de soluções de equilíbrio múltiplas, potencialmente infinitas, dentro dos grandes espaços estratégicos inerentes aos jogos repetidos. Esses obstáculos e a instabilidade natural dos conluios tornariam improvável esses arranjos na era da Inteligência Artificial. Segundo

22 Šmejkal (2021) menciona o *Australian Competition and Consumer Act* de 2010, segundo o qual as empresas que lucram com conluio são puníveis, mesmo sem haver evidências de seu comportamento colusivo.

23 Os autores não abordam como seria essa demonstração.

o autor, as tentativas do Estado em conter um eventual conluio implícito entre empresas poderiam reforçar as condições para que ele ocorra. A Inteligência Artificial seria uma inovação de mercado, um dos elementos de um mercado livre, que permite que os preços se tornem mais subjetivos e de acordo com as preferências dos consumidores.

Hansen, Misra e Pai (2021a) constatam que: a literatura tem mostrado que preços acima do preço concorrencial são possíveis mesmo que as empresas não observem os preços de suas rivais; há incerteza quanto aos tipos de mercados que podem ser suscetíveis ao conluio de algoritmo, embora haja indicação de maior probabilidade em mercados nos quais a demanda é uma função relativamente previsível dos preços oferecidos ou uma função previsível de informações adicionais de alta frequência que as empresas podem não ter acesso; remédios antitruste simples, como garantir que o algoritmo de cada vendedor esteja alheio aos preços dos concorrentes, podem não ter o efeito desejado; e os algoritmos de precificação podem ser hostis ao conluio bem-sucedido porque viabilizam preços discriminatórios e personalizados, assim como uma concorrência baseada em termos de qualidade não relacionados a preços.

Veljanovski (2022), a partir de uma reflexão conceitual e da prospecção de evidências disponibilizadas em outros estudos, conclui que: não há evidência concreta de conluio implícito a partir de algoritmos de preços; os casos antitruste de condenação envolvendo algoritmos de precificação se referem à facilitação à decisão tomada por humanos em prol do conluio. O autor argumenta que a possibilidade de conluio a partir de algoritmos é fundamentada em simulações computacionais baseadas em estruturas de mercado simplificadas e que a viabilidade de um conluio a partir de algoritmos depende das mesmas condições estruturais de mercado que afetam um conluio tradicional. Por isso, Veljanovski (2022) sugere a realização de mais estudos para identificar em quais condições os algoritmos de precificação geram conluios e a consideração das seguintes abordagens para enfrentar o possível problema: regulação da introdução de algoritmos de precificação *ex ante*, nos moldes do arranjo empregado para a comercialização de novos medicamentos<sup>24</sup>; regulação *ex post*, como normalmente a política de defesa da concorrência faz, mas com o uso de normas jurídicas diferentes das atuais, o que exigiria uma reavaliação da questão controversa da proibição legal do conluio implícito; e proibição total de preços algorítmicos, o que impediria as eficiências geradas pelos algoritmos de precificação.

A partir dos relatos trazidos pelos estudos abordados nesta subseção, nota-se que, embora os modelos computacionais e teóricos indiquem a existência de conluio implícito a partir dos algoritmos de precificação, as evidências qualitativas apontam incertezas quanto a essa associação, inclusive em virtude das poucas evidências empíricas.

## 5. IMPLICAÇÕES PARA A AUTORIDADE ANTITRUSTE BRASILEIRA

A disseminação dos algoritmos de precificação desperta receios quanto à formação de conluios implícitos e à deflagração de uma espécie de inflação algorítmica. A revisão da literatura aponta que as evidências de conluios implícitos associados a algoritmos ainda se encontram no plano teórico e nos modelos de simulação. Há carência de evidências empíricas. Outro aspecto a ser observado é que a atuação das autoridades antitruste na análise de casos concretos pode colaborar

24 Ou seja, qualquer novo algoritmo de precificação seria testado por uma agência reguladora para verificar se apresenta uma tendência de conluio como condição para que seu uso seja autorizado.



para guiar eventuais medidas por parte do Estado em relação aos algoritmos de precificação. Apesar disso, existe certo consenso na literatura de que o Estado deve monitorar e atuar preventivamente no enfrentamento de possíveis conluíus implícitos a partir de algoritmos de precificação.

Considerando a importância da atuação preventiva, é pertinente que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) ajuste suas análises de condutas e, sobretudo, de atos de concentração<sup>25</sup> em casos envolvendo firmas que utilizam algoritmos de precificação, no sentido de investigar se a presença desses algoritmos pode, de fato, gerar preocupações concorrenciais.

Nas análises de atos de concentração, sugere-se que a autoridade antitruste considere a revisão do Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal (Guia H) (BRASIL, 2016), especificamente quanto à análise de probabilidade de atuação coordenada decorrentes de fusões e aquisições. Embora seja possível incluir algumas das preocupações mencionadas pelos estudos revisados nos itens que atualmente já são abordados pelo Guia H, é desejável, para fins de sinalização e maior segurança jurídica às empresas<sup>26</sup>, que o Cade incorpore explicitamente alguns elementos em suas análises de efeitos coordenados: (i) redução da probabilidade de conluio implícito associado aos algoritmos de precificação em decorrência da existência e da influência de algoritmos voltados aos consumidores que identificam menores preços, da conduta de plataformas de comércio eletrônico recompensarem com exposição adicional as empresas que cortam preços e da prática da discriminação de preços; (ii) tipo de algoritmo de precificação usado pelas empresas envolvidas no ato de concentração, já que o risco de conluio é maior se empresas rivais usam o mesmo algoritmo, de forma que uma fusão de empresas que retire do mercado um algoritmo de precificação pode facilitar a atuação coordenada; (iii) menor relevância ao critério de as quatro maiores empresas terem mais de 75% do mercado como indicativo de maior probabilidade de exercício de poder coordenado, uma vez que, na presença de algoritmos de precificação, esse percentual pode se mostrar superestimado; (iv) maior parcimônia no uso do papel da assimetria entre empresas como elemento dificultador do conluio; (v) realização, pelo próprio Cade ou por um trustee, de avaliações nos algoritmos das empresas envolvidas no ato de concentração, a fim de se corroborar ou não a possibilidade desses algoritmos formarem conluíus implícitos; (vi) utilização de medidas mitigadoras dos efeitos potencialmente lesivos à concorrência, tais como a exigência de as partes contratarem auditorias externas para avaliação do algoritmo de precificação, a revisão do algoritmo com vistas a impedir que ele aprenda a fazer conluíus e a vedação da atualização sequencial de preços pelos algoritmos.

Visando a reduzir o risco para as empresas em atos de concentração e mesmo em eventuais investigações para apurar condutas lesivas à concorrência, sugere-se que o Cade crie uma espécie de guia de boas práticas concorrenciais na utilização de algoritmos de precificação, uma iniciativa inspirada naquela narrada por Weche e Weck (2021). Segundo esses autores, a Comissão Europeia, reconhecendo que os problemas estruturais do mercado que não podem ser resolvidos pelos instrumentos existentes estão dificultando cada vez mais a concorrência, propôs a *Digital Markets Act* (DMA), que prevê possibilidades de intervenção nos ecossistemas digitais. O desafio, no caso do guia sugerido, é equilibrar o objetivo de coibir ilícitos com impactos negativos, a exemplo do risco de inibir inovações que favorecem a concorrência, uma preocupação levantada por Marin (2021)<sup>27</sup>.

---

25 Situação em que Cade atua preventivamente.

26 Já que as empresas teriam algumas diretrizes do que seria um algoritmo de precificação que desperta preocupações no Cade.

27 Streele e Larouche (2021) discutem a efetividade e os impactos do DMA.

Em termos de agenda de pesquisa, são relevantes a realização de estudos empíricos destinados a investigar a relação entre algoritmos de precificação e conluios implícitos e as análises que discutam as implicações e a efetividade das sugestões mais intrusivas identificadas nos artigos incluídos na revisão rápida. Outro campo de estudo é, como sugere Almeida, Filgueiras e Mendonça (2022), o tratamento dos algoritmos como instituições, o que pode abrir um caminho para que a sociedade enfrente as várias questões associadas à disseminação de algoritmos no âmbito empresarial e social. Particularmente para o antitruste, ao tratar os algoritmos como instrumentos que moldam as relações sociais e de mercado, essa abordagem pode contribuir para definir responsabilidades quando os algoritmos levam a resultados nocivos à concorrência, independente de qual seja a intenção das empresas que o empregam.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Algoritmos encaminham mudanças institucionais no funcionamento de mercados. Em algumas situações, formuladores de políticas são deferentes com o avanço tecnológico, uma vez que processos de digitalização representam formas essenciais de investimento econômico. A ameaça de desinvestimento representa custos elevados para a sociedade. Contudo, o poder dos algoritmos cria novas dinâmicas de mercado organizadas e infundidas algorítmicamente (CULPEPPER; THELEN, 2021). Além desse quadro político e econômico mais amplo, que institucionaliza novas formas de poder mediadas pelos algoritmos, a tendência é que as regras e as dinâmicas coletivas de ação dos algoritmos produzam formas de conluios implícitos e explícitos que transformam o mercado e sua lógica concorrencial.

Assim, este artigo é um passo para dois avanços com relação a uma sociologia e economia política dos algoritmos. Primeiro, os algoritmos impactam diretamente a sociedade uma vez que eles originam novas instituições que organizam diversos aspectos da sociedade (ALMEIDA; FILGUEIRAS; MENDONÇA, 2022). Quando algoritmos promovem conluios, eles atuam como estratégias para maximização e otimização do lucro por meio da análise de dados e definição de preços. Segundo os algoritmos impactam o funcionamento das instituições existentes, com consequências para a atuação de formuladores de políticas. Frente às inovações proporcionadas com algoritmos tomando decisão e realizando diversas tarefas para a definição de preços, formuladores devem adaptar mecanismos regulatórios de forma a enfrentar os desafios do mercado contemporâneo. Muitas das soluções emergentes significam o uso de algoritmos no processo de regulação, de maneira a identificar, classificar e resolver problemas regulatórios (YEUNG, 2018; FILGUEIRAS, 2022).

O avanço dos algoritmos na sociedade contemporânea possibilita, portanto, uma ampla agenda de pesquisa centrada no poder dos algoritmos na sociedade contemporânea e a forma como eles organizam as escolhas e ações coletivas (ALMEIDA; FILGUEIRAS; MENDONÇA, 2022). Essa agenda de pesquisa aponta em duas direções. Na dimensão teórica, ela possibilita avanços na teoria institucional com relação ao poder dos algoritmos. Já na dimensão empírica, ela demonstra as implicações práticas dos algoritmos para a sociedade contemporânea.

## 7. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Virgílio; FILGUEIRAS, Fernando; MENDONÇA, Ricardo Fabrino. Algorithms and institutions:



How social sciences can contribute to governance of algorithms? **IEEE Internet Computing**, [S. l.], v. 26, n. 2, p. 42-46, 2022.

ASSAD, Stephanie et al. Algorithmic Pricing and Competition: Empirical Evidence from the German Retail Gasoline Market. **CESifo Working Paper**, [S. l.], n. 8521, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3EPRnBo>. Acesso em: 22 out. 2022.

ASSAD, Stephanie et al. Autonomous algorithmic collusion: Economic research and policy implications. **Oxford Review of Economic Policy**, [S. l.], v. 37, n. 3, p. 459-478, 2021.

BERNHARDT, Lea; DEWENTER, Ralf. Collusion by code or algorithmic collusion? When pricing algorithms take over. **European Competition Journal**, [S. l.], v. 16, n. 2-3, p. 312-342, 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia para análise de atos de concentração horizontal**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016.

BRICS IN THE DIGITAL ECONOMY: competition policy in practice: 1<sup>st</sup> report by the competition authorities working group on digital economy. Brasília: CADE, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3opFw4N>. Acesso em: 19 out. 2022.

BROWN, Zach Y; MACKAY, Alexander. Competition in pricing algorithms. **American Economic Journal: Microeconomics**, [S. l.], 2021. No prelo.

CALVANO, Emilio *et al.* Algorithmic collusion with imperfect monitoring. **International Journal of Industrial Organization**, [S. l.], v. 79, p. 1-15, 2021.

CALVANO, Emilio *et al.* Algorithmic Pricing What Implications for Competition Policy? **Review of Industrial Organization**, [S. l.], v. 55, n. 1, p. 155-171, 2019.

CALVANO, Emilio *et al.* Artificial intelligence, algorithmic pricing, and collusion. **American Economic Review**, [S. l.], v. 110, n. 10, p. 3267-3297, 2020.

CALZOLARI, Luca. The Misleading Consequences of Comparing Algorithmic and Tacit Collusion: Tackling Algorithmic Concerted Practices Under Art. 101 TFEU. **European Papers: A Journal on Law and Integration**, [S. l.], v. 6, n. 2, p. 1193-1228, 2021.

CHEN, Le; MISLOVE, Alan; WILSON, Christo. An Empirical Analysis of Algorithmic Pricing on Amazon Marketplace. In: INTERNATIONAL WORLD WIDE WEB CONFERENCE, 25., 2016, Montreal, Canada. **Proceedings [...]**. Montreal: International World Wide Web Conference Committee, 2016.

COMPETITION & MARKETS AUTHORITY (CMA). **Pricing algorithms Economic working paper on the use of algorithms to facilitate collusion and personalised pricing**. London: Competition & Markets Authority, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3XG4Vbu>. Acesso em: 12 out. 2022.

CULPEPPER, Pepper D.; THELEN, Kathleen. Are we Amazon Primed? Consumers and politics of platform power. **Comparative Political Studies**, [S. l.], v. 53, n. 2, p. 288-318, 2021.

EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. **Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy**. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

FILGUEIRAS, Fernando. Big data, artificial intelligence and the future of regulatory tools. In: HOWLETT, Michael (ed.). **Routledge Handbook on Policy Tools**. New York: Routledge, 2022.

FILGUEIRAS, Fernando. New Pythias of public administration: Ambiguity and choice in AI systems as

- challenges for governance. **AI & Society**, [S. l.], n. 37, 2021.
- GAUTIER, Axel; ASHWIN, Ittoo; VAN CLEYNENBREUGEL, Pieter. AI algorithms, price discrimination and collusion: a technological, economic and legal perspective. **European Journal of Law and Economics**, [S. l.], v. 50, n. 3, p. 405–435, 2020.
- GAVINE, Anna et al. Maximising the availability and use of high-quality evidence for policymaking: collaborative, targeted and efficient evidence reviews. **Palgrave Communications**, [S. l.], v. 4, n. 5, 2018.
- HANSEN, K. T.; MISRA, Kanishka; PAI, Mallesh M. Algorithmic collusion: Supra-competitive prices via independent algorithms. **Marketing Science**, [S. l.], v. 40, n. 1, p. 1–12, 2021b.
- HANSEN, K. T.; MISRA, Kanishka; PAI, Mallesh M. Collusive Outcomes via Pricing Algorithms. **Journal of European Competition Law and Practice**, [S. l.], v. 12, n. 4, p. 334–337, 2021a.
- HARRINGTON, Joseph E. Developing Competition Law for Collusion by Autonomous Artificial Agents. **Journal of Competition Law and Economics**, [S. l.], v. 14, n. 3, p. 331–63, 2018.
- HUTCHINSON, Christophe Samuel; RUCHKINA, Gulnara Fliurovna; PAVLIKOV, Sergei Guerasimovich. Tacit collusion on steroids: The potential risks for competition resulting from the use of algorithm technology by companies. **Sustainability**, [S. l.], v. 13, n. 2, p. 1–14, 2021
- KASTIUS, Alexander; SCHLOSSER, Rainer. Dynamic pricing under competition using reinforcement learning. **Journal of Revenue and Pricing Management**, [S. l.], v. 21, n. 1, p. 50–63, 2022.
- KELLEHER, John D. **Deep Learning**. Cambridge: The MIT Press, 2019.
- KLEIN, Timo. Autonomous algorithmic collusion: Q-learning under sequential pricing. **RAND Journal of Economics**, [S. l.], v. 52, n. 3, p. 538–558, 2021.
- KNUTH, Donald E. **The Art of Computer Programming**: Volume 1. Fundamental Algorithms. 3. ed. Boston: Addison-Wesley Professional, 1997.
- MATIN, Pedram. Reliability of Regulating Artificial Intelligence to Restrain Cartelization: A Libertarian Approach. **Asian Journal of Law and Economics**, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 149–169, 2021.
- MEHRA, Salil K. Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms. **Minnesota Law Review**, [S. l.], v. 100, p. 1323–1375, 2016.
- MOTTA, Massimo. **Competition policy**: theory and practice. New York: Cambridge University Press, 2004.
- O’CONNOR, Jason; WILSON, Nathan E. Reduced demand uncertainty and the sustainability of collusion: How AI could affect competition. **Information Economics and Policy**, [S. l.], v. 54, 2021.
- ONG, Burton. The Applicability of Art. 101 TFEU to Horizontal Algorithmic Pricing Practices: Two Conceptual Frontiers. **IIC International Review of Intellectual Property and Competition Law**, [S. l.], v. 52, n. 2, p. 189–211, 2021.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Algorithms and Collusion**: Note from the European Union. Paris: OECD, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3Vmo1BR>. Acesso em: 11 out. 2022.
- PETTICREW, Mark; ROBERTS, Helen. **Systematic reviews in the social sciences: a practical guide**. Oxford: Blackwell Publishing, 2006.



RUSSELL, Stuart. **Human compatible**: Artificial Intelligence and the Problem of Control. New York: Viking, 2019.

SANCHEZ-CARTAS, J. Manuel; KATSAMAKAS, Evangelos. Artificial Intelligence, Algorithmic Competition and Market Structures. **IEEE Access**, v. 10, p. 10575–10584, 2022.

SILVA, Rutelly Marques da. Estabilidade de Cartéis Tácitos e Ciclos Econômicos. **Revista de Direito da Concorrência**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 25-47, 2005.

ŠMEJKAL, Václav. Cartels by robots – current antitrust law in search of an answer. **InterEULawEast: Journal for International and European Law, Economics and Market Integrations**, [S. l.], v. 4, n. 2, p. 1–18, dez. 2017.

ŠMEJKAL, Václav. Three challenges of artificial intelligence for antitrust policy and law. **InterEULawEast: Journal for International and European Law, Economics and Market Integrations**, [S. l.], v. 8, n. 2, p. 97–118, 2021.

SMITH, Andrew. Using Artificial Intelligence and Algorithms. **Federal Trade Commission**, 8 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3H07hfz>. Acesso em: 15 ago. 2022.

STREEL, Alexandre de; LAROUCHE, Pierre. The European Digital Markets Act: A Revolution Grounded on Traditions. **Journal of European Competition Law & Practice**, [S. l.], v. 12, n. 7, p. 542–560, 2021.

THÉPOT, Jacques. Pricing algorithms in oligopoly with decreasing returns. **Theory and Decision**, [S. l.], v. 91, n. 4, p. 493–515, 2021.

VELJANOVSKI, Cento. What Do We Now Know about “Machine Collusion”. **Journal of European Competition Law and Practice**, [S. l.], v. 13, n. 1, p. 47–50, 2022.

WECHE, John; WECK, Thomas. Tacit collusion and the boundaries of competition law: The parallel case of common ownership and algorithmic pricing. **European Competition and Regulatory Law Review**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 4–10, 2021.

YEUNG, Karen. Algorithmic Regulation: A Critical Interrogation. **Regulation & Governance**, [S. l.], v. 12, n. 4, 505–523, 2018.

ZHENG, Guan; WU, Hong. Collusive algorithms as mere tools, super-tools or legal persons. **Journal of Competition Law and Economics**, [S. l.], v. 15, n. 2–3, p. 123–158, 2019.

#### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SILVA, Rutelly Marques da; FILGUEIRAS, Fernando. Algoritmos de precificação e conluios implícitos: o que dizem as evidências? **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 45-63, 2022.

# 4

## AS RESPOSTAS PUNITIVA E REPARATÓRIA PREVISTAS NA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA BRASILEIRA AO ATO ILÍCITO CONCORRENCIAL

The punitive and reparatory responses provided for in the Brazilian Competition Law to the competitive illegal act

Micaela Barros Barcelos Fernandes<sup>2</sup>

Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) – Rio de Janeiro/RJ, Brasil

### RESUMO ESTRUTURADO

O artigo apresenta as três esferas de responsabilização previstas no ordenamento brasileiro – em sede administrativa, criminal e civil – em resposta ao ato ilícito violador da livre concorrência. Aponta que as três esferas de responsabilização são fundadas em diferentes pressupostos e oferecem meios distintos e complementares de defesa da concorrência no ordenamento jurídico, integrando um sistema complexo, porém unitário, com resposta punitiva (em sede administrativa e criminal) e reparatória (por meio da responsabilidade civil).

**Palavras-chave:** Ato ilícito concorrencial; Violação antitruste; Responsabilização administrativa; Responsabilização criminal; Responsabilização civil.

### STRUCTURED ABSTRACT

The paper presents the three spheres of accountability provided for in the Brazilian legal system – in administrative, criminal and civil fields – in response to the illicit act that violates free competition. It is pointed out that the three spheres of accountability are based on different premisses and offer different and complementary means of defending competition in the Brazilian legal system, integrating a complex but unitary system, through a punitive response (administrative and also criminal) and a reparatory response (through civil liability).

**Keywords:** Competitive illicit act; Antitrust violation; Administrative responsibility; Criminal responsibility; Civil liability

**Editor responsável:** Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braido, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

**ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

**Recebido em:** 05/05/2022

**Aceito em:** 01/11/2022

**Publicado em:** 14/12/2022

<sup>2</sup> Doutora em Direito Civil pela UERJ. Mestre em Direito da Empresa e Atividades Econômicas e em Direito Internacional e da Integração Econômica pela UERJ. Pós-graduada em Direito da Economia e da Empresa na FGV/RJ. Graduada em Direito pela UFRJ. Advogada e professora no Rio de Janeiro. Membro da Comissão de Direito da Concorrência e da Comissão de Assuntos Legislativos da OAB – Seção RJ. **E-mail:** mibbf@yahoo.com.br; **Lattes:** : <http://lattes.cnpq.br/0535620934754551>. **ORCID:** <http://orcid.org/0000-0002-4922-8220>.



**Sumário:** 1. Introdução; 2. O ilícito concorrencial e sua tríplice resposta no direito brasileiro entre o public e o private enforcement; 2.1. Responsabilização administrativa; 2.2. Responsabilização criminal; 2.3. Responsabilização civil; 3. Conclusão; 4. Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

Tendo o valor da livre iniciativa como um dos fundamentos da República, conforme o artigo 1º, IV, da Constituição (CR), o legislador constitucional tratou da *ordem econômica*<sup>3</sup> no Título VII da Constituição, estabelecendo nos artigos 170 a 192 o conjunto de normas, portanto de princípios e regras jurídicas de organização e conduta, que orientam e regulam o comportamento dos agentes econômicos submetidos à jurisdição brasileira.

Dentre os princípios lá elencados, a Constituição impôs a observância da livre concorrência e a defesa do consumidor. Corolário da livre concorrência é a previsão de que a exploração direta da atividade econômica pelo Estado é exceção, sendo regra sua atuação como agente normativo e regulador, portanto deixando aos agentes privados a atuação direta. O Estado, em regime que prioriza a atuação por agentes de mercado, exerce funções de fiscalização, incentivo e planejamento (este último determinante para o setor público e indicativo para o privado).

Em sopesamento deste princípio, isto é, e justamente porque prestigiou a livre concorrência, portanto o livre atuar dos sujeitos econômicos e sua autonomia privada, a própria Constituição tratou de prevenir eventuais abusos no exercício das liberdades que possam comprometer os valores que consagra. Afinal, a liberdade é para todos. Se exercida ilimitadamente por alguns, outros podem sofrer impedimentos ao seu exercício.

O legislador constitucional apontou expressamente valores que ao mesmo tempo temperam e promovem a liberdade, em coerência com um sistema conformado aos objetivos fundamentais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (CR, artigo 3º, I).

Assim, por exemplo, a Constituição elencou outros princípios que se somam ao da livre iniciativa na regulação da ordem econômica, como o da função social da propriedade (artigo 170, III, CR), do qual decorre, outrossim, a função social do contrato<sup>45</sup>. Como princípio aplicável a todas as

3 Sobre a ambiguidade da expressão ordem econômica, ver Grau (2000, p. 43 e segs.) No capítulo 2 de referida obra, o autor, valendo-se da lição de Vital Moreira, aponta três sentidos possíveis: (i) como conceito de fato que representa o modo de ser empírico de determinada economia concreta, isto é, a relação entre fenômenos econômicos e materiais; (ii) como conceito sociológico, representa um conjunto normativo que compreende princípios e regras de qualquer natureza (jurídica, religiosa, moral, etc) que dizem respeito à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; e (iii) como conceito jurídico, a ordem jurídica da economia, isto é, uma parcela da ordem jurídica, tomada como sistema de normas (princípios e regras jurídicas, especificamente) que tratam do agir econômico, para indicar o modo que deverão ser as relações econômicas; este último o sentido adotado neste trabalho.

4 Como defendido em outra oportunidade, o princípio da função social do contrato emerge na tentativa de balanceamento da liberdade absoluta com a falta de liberdade (que estão muito relacionadas, pois, da liberdade absoluta de uns decorre o risco da falta de liberdade de outros) (FERNANDES, 2019, p. 150).

5 A invocação legislativa do princípio da função social especificamente com relação aos contratos somente veio a ser expressa no Código Civil de 2002, e destinou-se a conceber e promover uma autonomia atenta a outros interesses individuais e coletivos sem, no entanto, suprimir a expressão individual, como feito pelos regimes totalitários. Miguel Reale, jurista responsável pela comissão de juristas que revisou e elaborou o texto do Código Civil de 2002, já ressaltava desde sua concepção que a função social foi instrumento criado com o objetivo de obstar abusos do privatismo, não devendo ser vista como fonte de eliminação da autonomia privada e da força obrigatória do contrato (pacta sunt servanda) Reale (2003).

relações negociais de conteúdo patrimonial<sup>6</sup>, impõe atenção de quaisquer contratantes atenção a interesses sociais relevantes (TEPEDINO, 2009).

No mesmo sentido de preocupação de conjugar liberdade de agir com valores sociais, entre os quais, interesses com repercussão econômica relevante, o legislador constitucional previu, outrossim, no §4º do artigo 173 da CR, que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação de mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Em outras palavras, delegou ao legislador infraconstitucional, por meio de processo legislativo, o estabelecimento de normas de repressão a abusos prejudiciais à livre concorrência.

Cabe lembrar a ressalva de que eventual dominação de mercados decorrente do regular exercício da atividade econômica, portanto de uma eficiência operacional do agente econômico, não constitui ilícito. O legislador constitucional apontou a ilicitude de *condutas abusivas* que visem à dominação, a eliminação (ou mesmo a redução, se interpretada a expressão em consonância com os princípios da ordem econômica), ou o aumento arbitrário de lucros<sup>7</sup>.

Densificando o comando constitucional, além da promulgação de um Código Civil (CC) mais atento à repercussão de atos de autonomia privada, indicando como geradores de responsabilidade aqueles ilícitos ou abusivos (artigo 186, CC), foi aprovada a agora já decenária Lei 12.529, de 30-11-2011 (Lei de Defesa da Concorrência ou LDC), que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e dispôs sobre a prevenção e repressão a infrações contra a ordem econômica (artigo 1º, LDC).

A LDC não é a única norma que trata, no âmbito infraconstitucional, da ordem econômica, sendo o Código de Defesa do Consumidor (CDC) por exemplo outra referência legislativa para agentes públicos e privados, o que evidencia a multiplicidade de normas de impacto nas atividades econômicas. Sem prejuízo, a LDC concentrou a normativa sobre a livre concorrência. Embora, a LDC adote, ao se referir a atos de violação da ordem econômica por meio de ilícitos concorrenciais, a expressão *infração da ordem econômica*, que sugere um alcance mais amplo do escopo da lei, seus dispositivos são interpretados dentro da temática antitruste. Em outras palavras, nem toda infração da ordem econômica está contida na LDC.

A LDC trata especificamente das condutas concorrenciais ilícitas no seu artigo 36, chamando-as, como mencionado, de *infração da ordem econômica*. Segundo referido artigo, constituem infração os atos que, *independentemente de culpa*<sup>8</sup> e *sob qualquer forma* manifestados, *tenham por objeto ou possam produzir os efeitos* de (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante<sup>9</sup> de bens ou serviços (reforçando a ideia de

6 Sobre a incidência da função social do contrato a relações negociais de diferentes naturezas, relembre-se a existência de controvérsia sobre o alcance da disciplina de direitos de obrigações e contratos. De um lado, colocam-se os patrimonialistas, que admitem sua aplicação mesmo com relação a deveres de natureza não patrimonial, e de outro, os não-patrimonialistas, que entendem que interesses existenciais, como os da personalidade, exigem tratamento normativo diferenciado, de forma a não reduzir deveres de cunho não patrimonial à disciplina relacionada aos interesses patrimoniais. A respeito do tema, ver Konder e Rentería (2012).

7 Efeitos estes que não são taxativos, na medida em que o §4º do artigo 173 é instrumental à concretização dos princípios anunciados no artigo 170 da Constituição (FRAZÃO, 2017, p. 248).

8 Esta expressão suscita alguma controvérsia, que será mais bem tratada no item 1.1. adiante. Sem embargo, adiante-se que a ressalva aqui feita pelo legislador se refere apenas às pessoas jurídicas, posto que deve ser colocada em cotejo com a exigência da comprovação da culpa das pessoas físicas, conforme previsto no artigo 37, II do mesmo diploma legal.

9 *Mercado relevante* é conceito que compreende o espaço em que se travam as relações de concorrência ou em que atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado. Ele é determinado conforme pressupostos metodológicos



que o que se quer evitar é a abusividade, o §1º do artigo 36 ressalva que a conquista de mercado resultante de processo natural de crescimento, portanto fundado na eficiência do agente econômico, não constitui ilícito); (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante (conforme o §2º do artigo 36, presumida sempre que uma sociedade ou grupo controlar 20% ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser revisto pelo Cade para setores específicos da economia, ou sempre que for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado).

Após a definição do que seja infração da ordem econômica, o §3º do artigo 36 apresenta em rol não taxativo algumas condutas que configuram hipóteses de ato ilícito, trazendo dezenove incisos com práticas que violam a livre concorrência, que não excluem outras possíveis. A lista amplia as hipóteses previstas no artigo 173 §4º da Constituição, em consonância com o comando geral de tutela da livre concorrência contido no artigo 170, e deflagra a tutela a interesses difusos e individuais em sede tanto punitiva, esta que se desdobra nos âmbitos administrativo e criminal, quanto reparatória, no âmbito civil.

## **2. O ILÍCITO CONCORRENCIAL E SUA TRÍPLICE RESPOSTA NO DIREITO BRASILEIRO - ENTRE O *PUBLIC* E O *PRIVATE ENFORCEMENT***

A tutela aos valores consagrados pela ordem econômica brasileira se apoia em diferentes instrumentos, inclusive mecanismos preventivos e repressivos de atos ilícitos, entre eles os ilícitos concorrenciais.

A LDC, em seu título V, específico sobre os atos ilícitos concorrenciais (na lei, como mencionado, chamados de infrações da ordem econômica), prevê a responsabilização dos agentes econômicos violadores das normas em vigor. Devem responder pessoas físicas ou jurídicas (em que responderão também individualmente seus dirigentes e administradores, solidariamente), de direito público ou privado, com ou sem personalidade jurídica (artigo 31, LDC).

Para os fins de garantir a tutela na prática, a responsabilização por infrações contra a ordem econômica se dá tanto na esfera pública, com viés punitivo, em duas frentes – administrativa e criminal – quanto na privada, com viés reparatório – por meio da responsabilidade civil.

Na esfera pública administrativa, cabe ao Conselho Administrativo da Defesa Econômica (Cade) julgar, por meio do seu órgão judicante, o Tribunal do CADE (artigo 6º, LDC), com jurisdição em todo o território nacional, sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas na lei, decidindo os processos administrativos para imposição de sanções, ordenando providências para cessação de condutas, entre outras atribuições (artigo 9º, LDC).

Na esfera pública penal, cabe ao Ministério Público, diante da verificação de que o ato ilícito configura também crime, quando a conduta estiver prevista na Lei 8.137/1990, a persecução penal, para fins de punição criminal.

Tanto em âmbito administrativo quanto criminal, os mecanismos de imposição das normas de direito concorrencial são utilizados por pessoas de direito público, autoridades com competência

---

advindos da ciência econômica, e considera dois aspectos complementares: de um lado, o geográfico (que identifica o espaço físico onde as relações de concorrência são consideradas) e de outro o material, ou mercado de produto (que considera o bem ou serviço oferecido pelo agente econômico) (FORGIONI, 2014, p. 214 e segs.).

punitiva que atuam dentro de suas margens de atribuições. Suas atuações configuram o chamado *public enforcement*, ou persecução pública.

Finalmente, na esfera privada, cabe a qualquer vítima de um ato ilícito concorrencial a possibilidade de buscar a tutela dos seus interesses. Pessoas físicas ou jurídicas contam com a possibilidade de buscar em juízo a tutela de seus interesses, sejam agentes econômicos prejudicados em seu segmento de atuação, sejam os agentes que se situam como destinatários finais de uma cadeia de fornecimento de produtos ou serviços, os consumidores. Referida tutela pode se dar de maneira preventiva, para obstar a prática de conduta que constitua infração à ordem econômica, ou reparatória, para obter o ressarcimento dos danos que vierem a sofrer em decorrência de atos ilícitos concorrenciais praticados pelo infrator<sup>10</sup>.

Desta maneira, também a ação de agentes econômicos privados contribui para o fortalecimento do sistema brasileiro de defesa da concorrência. É o que a doutrina costuma designar como *private enforcement*, ou imposição por meio de agentes privados do cumprimento de normas jurídicas<sup>11</sup>, ou mais simplesmente, persecução privada.

Neste exato sentido é a dicção do artigo 47 da LDC, que estabelece que “os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, 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, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.”

## 2.1. Responsabilidade Administrativa

Dentre os instrumentos para a contenção de abusos no exercício da liberdade de agir pelos agentes econômicos, a ordem jurídica brasileira confere ao Estado o chamado poder de polícia, que encontra a um só tempo fundamento e limite na lei e no princípio da proporcionalidade (JUSTEN FILHO, 2015, p. 583).

Aqui desponta o chamado Direito Administrativo Sancionador, disciplina que, juntamente com o Direito Penal, integra o *ius puniendi* genérico do Estado. Responsabilidade administrativa e responsabilidade penal, são, portanto, mecanismos de dissuasão primária de condutas com potencial lesivo a interesses tutelados em nosso ordenamento, ambas que se somam para o chamado *public enforcement*.

Do ponto de vista do Estado, a diferença entre o ato ilícito penal e o administrativo não necessariamente é identificada pela conduta, pela natureza do ato praticado, mas em função de uma opção política do legislador (MACEDO, 2018, p. 2), que escolhe quais práticas lesivas a interesses tutelados devem ter resposta no âmbito administrativo, e quais no âmbito criminal.

10 Aqui entendido, para fins de responsabilização civil, o dano concretamente sofrido por vítima merecedora de tutela em seu legítimo interesse econômico, não se referindo, portanto, a lesões abstratamente consideradas. Para fins de reparação da vítima, dano será o conjunto de efeitos concretos que se projetam na pessoa do ofendido e do seu patrimônio e que seja merecedor de tutela. Sobre possíveis distinções nos conceitos de dano, recomenda-se Monteiro Filho (2016, p. 130 e segs.).

11 Cabe a ressalva de que no chamado *private enforcement* não apenas agentes privados atuam para imposição do cumprimento da normativa concorrencial, na medida em que as ações de reparação podem ser ajuizadas também pelo Ministério Público, na tutela de interesses coletivos.



Tanto assim que há condutas idênticas consideradas ao mesmo tempo crime e ilícito administrativo no Brasil – como o cartel –, que, no entanto, em outras jurisdições são apenas ilícitos administrativos, ou apenas crimes.<sup>12</sup>

Em geral, para atos considerados mais graves, por opção legislativa, a conduta será tipificada como crime, e para atos menos graves, ilícito administrativo, em ambos os casos a justificar sanções – devidamente previstas em leis que as legitimam, como exigido em um regime democrático. As sanções administrativas e criminais, operando como mecanismos que se coordenam na repressão dos agentes econômicos, têm função essencialmente punitiva, com eficácia dissuasória na prevenção de ilícitos.

A LDC nomeadamente enuncia a coletividade como a titular dos bens jurídicos por ela protegidos (artigo 1º, parágrafo único), portanto indicando sua natureza difusa. Por conseguinte, o Direito da Concorrência é seletivo, fazendo com que, no intuito de focar em atos que efetivamente possam impactar o mercado como um todo, a análise da ilicitude em sede administrativa seja realizada somente quando, nos termos do artigo 36 da LDC, os atos tenham por objeto ou possam produzir os efeitos elencados em seus incisos I a IV.

Ou seja, se os atos praticados por agentes econômicos não tiverem por objeto ou não tiverem o potencial de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros, ou exercer de forma abusiva posição dominante, a infração da ordem econômica não se configura.

Isto faz com que seja possível que haja um ato abusivo do ponto de vista do Direito Civil, gerando efeitos lesivos para partes diretamente interessadas, configurando, portanto, base para a responsabilização civil, se preenchidos seus próprios pressupostos, mas não necessariamente gerando responsabilização administrativa.

Se, de um lado, há certa seletividade no Direito da Concorrência que contribui para filtrar situações que efetivamente geram responsabilização administrativa, de outro, a LDC não elenca um rol taxativo de condutas. Pelo contrário, o §3º do artigo 36 esclarece que além das condutas apontadas, outras podem caracterizar infração à ordem econômica, permitindo sua aplicação em diversas situações.<sup>13</sup>

A abertura do tipo legal é reforçada pela previsão, no caput do artigo, que as infrações podem se constituir por *atos sob qualquer forma manifestados*. A previsão aberta, que não é peculiaridade da legislação concorrencial brasileira, acaba contribuindo para uma definição bastante elástica da ilicitude (FRAZÃO, 2017, p. 257).

Além da tipicidade aberta, há outra característica do dispositivo que amplia bastante a possibilidade de imputação do ilícito aos agentes econômicos. De acordo com o *caput* do artigo

<sup>12</sup> Em exemplo da historicidade de qualquer instituto jurídico, e da consequente disciplina dinâmica em cada jurisdição, tome-se, dentro do tema desta tese, a prática de venda casada, prevista como crime na Lei 8.137/1990 (que definiu crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), conforme a redação original do seu artigo 5º, II, mas descriminalizada pelo artigo 127 da LDC, que a elencou apenas como ilícito administrativo, conforme o seu artigo 36, XVIII.

<sup>13</sup> Como ensina Frazão (2017, p. 256): “O mero fato de um agente econômico praticar um dos atos descritos na lei não significa que tenha havido infração à ordem econômica, pois, ausentes os efeitos reais ou potenciais descritos no caput, não há que se cogitar de ilícito antitruste, ainda que a conduta possa ser considerada ilícita do ponto de vista do direito privado. Por outro lado, práticas que não estejam expressamente previstas no §3º do artigo 36 poderão ser consideradas infrações à ordem econômica caso seja demonstrada sua potencialidade lesiva sobre a livre concorrência”.

36 da LDC, a infração da ordem econômica se configura *independentemente de culpa do agente*. A redação parece ter sido assim construída para evitar que a responsabilização dos agentes ficasse dependente da comprovação de dolo (FRAZÃO, 2017, p. 263), mas acabou dando margem a diferentes interpretações.

Isto porque em sede de responsabilização administrativa, tendo em vista sua natureza punitiva, todas as garantias de defesa que legitimam o uso da força estatal devem estar presentes, de forma a evitar que o poder de polícia se torne arbitrário. Então, se o que há é um controle de conduta, deve haver a possibilidade da verificação de sua reprovabilidade, ou seja, avaliação da eventual violação de um dever de conduta determinado pela legislação pelo agente econômico. E, se cabe tal avaliação, a responsabilidade é subjetiva<sup>14</sup>.

Sem embargo, a jurisprudência dominante no Cade, com base na previsão legislativa tal como redigida, tem apontado a responsabilidade administrativa como sendo objetiva. Apesar da literalidade do texto, e dos precedentes em julgados administrativos, cabe a ponderação sobre a necessária análise da culpabilidade do agente, da reprovabilidade de sua conduta, que permite inclusive a conclusão de inexistência de ilícito diante de inexigibilidade de conduta diversa (MACEDO, 2018, p. 12).

A *objetivação da responsabilidade* tem de fato pertinência como técnica de socialização de riscos que é adequada no âmbito da reparação, portanto no campo do Direito Civil, pela necessidade revelada, no curso da própria evolução do instituto da responsabilidade civil, de se encontrar mecanismos que possam ser efetivos para tutela dos interesses das vítimas de danos injustos diante de riscos cada vez mais frequentes e maiores na sociedade contemporânea<sup>15</sup>.

Todavia, já em outro âmbito, o da punição, a atribuição objetiva da responsabilidade por ato ilícito a quem quer que seja, isto é, sem que haja algum juízo de reprovabilidade social sobre a conduta analisada, portanto de culpabilidade, se afigura bastante questionável em um Estado democrático.

O tema da validade jurídico-constitucional da expressão *independentemente de culpa* chegou a ser levantado na vigência da Lei 8.884/1990, que antecedeu a LDC e foi por ela revogada, mas cujo *caput* do artigo 20 é idêntico ao do artigo 36 da LDC. O dispositivo foi questionado na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.094-DF, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria, mas a ação acabou sendo julgada extinta sem exame do mérito com fundamento na ilegitimidade ativa da entidade sindical, e também na (apontada) perda do objeto ante a revogação da lei – este fundamento questionável, ante a reprodução da mesma norma na nova legislação, o que justificaria a preservação do interesse na sua apreciação.<sup>16</sup>

Uma pena que o tema não tenha sido enfrentado em referida ADI 1.094-DF, o que contribuiu para a permanência da controvérsia. A expressão “independentemente de culpa” inserida na norma pode ser lida de distintas maneiras.

14 Em favor da subjetivação da responsabilidade administrativa, mas no contexto de violações ambientais, a 1ª Seção do STJ já consolidou o entendimento de que a responsabilidade administrativa ambiental é subjetiva, exigindo-se, portanto, a demonstração de que a conduta foi cometida pelo transgressor, além da prova donexo causal entre a conduta e o dano. STJ, 1ª Seção, REsp 1.251.697-PR, Relator Min. Mauro Campbell Marques, j. em 12-04-2012, DJe 17-04-2012.

15 Sobre o caminho evolutivo e mecanismos de socialização do risco em sede de responsabilidade civil, permita-se referir a Fernandes e Almeida (2021, p. 47-66).

16 STF. ADI 1.094-df. Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno (Plenário Virtual, j. 25/09/2020 a 02/10/2020).



De um lado, é possível entender que cabe responsabilização administrativa objetiva, mas não para fins de repressão do agente violador da norma, mas sim em caráter precaucional somente, isto é, cabe a resposta administrativa, independentemente da análise da culpa, para fins de ordem de cessação imediata de condutas lesivas aos valores tutelados pela LDC, de maneira a restaurar as condições de concorrência violadas. Isto porque como a própria lei enuncia desde seu artigo 1º, a tutela promovida pelo SBDC é tanto preventiva quanto repressiva, cabe, portanto, em sede de prevenção de riscos, a identificação da infração para sua imediata sustação em prol da coletividade, independentemente de culpa.

Em outras palavras, por expressa previsão legal, a atuação da autoridade administrativa pode se dar no âmbito punitivo tanto preventiva quanto corretivamente, ou seja, tanto pré-violação, para evitar o risco de efeitos econômicos anticoncorrenciais, quanto pós-violação, para reprimir a atuação dos agentes econômicos que desrespeitam valores consagrados em nossa ordem jurídica e causam danos a outros agentes econômicos e à coletividade como um todo. Segundo tal perspectiva, a responsabilização preventiva é também (embora não apenas) derivada da punitiva, e, portanto, em sede administrativa, a responsabilidade poderá ser atribuída independentemente da verificação da culpa do agente.<sup>17</sup>

De outro lado, é possível entender que a intenção do legislador ao consignar a expressão “independentemente de culpa” no *caput* do artigo 36 da LDC, não foi, como um primeira leitura poderia sugerir, afastar o exame da reprovabilidade da conduta, porque tal afastamento jamais seria possível em sede punitiva (ainda que somente na via administrativa, e não criminal), mas sim afastar a avaliação da culpa no sentido de “estado psicológico de consciência da ilicitude pelo agente” – portanto, tendo sido utilizada a expressão culpa neste dispositivo no sentido que, no Direito Civil, se atribui à chamada *culpa subjetiva*, o que não excluiria a necessidade da análise da *culpa normativa* em sede administrativa.

Em esclarecimento: lembre-se que no âmbito civil o conceito de culpa passou por importante transformação, acompanhando mudanças ocorridas no próprio instituto da responsabilidade civil. A atribuição da responsabilidade (civil) já foi no passado mais dependente do conhecimento do estado de ânimo do agente, de maneira que ao julgador se colocavam questões sobre consciência da lesão ao direito de terceiros, a previsibilidade do dano, e sua reprovabilidade moral, todas submetidas a elevada carga de subjetividade do intérprete.

Atualmente, após um longo percurso do instituto da responsabilidade civil no ordenamento brasileiro, mesmo em sede de responsabilização subjetiva, portanto em que se deve provar a culpa do ofensor (com fulcro nos artigos 186 e 187 do CC), a culpa passou a ser compreendida não mais como um estado psicológico do agente de consciência quanto à ilicitude do seu ato, mas sim como a violação de um dever de cuidado objetivamente considerado segundo padrões de exigência praticados no mercado.

Para distinguir ambas as espécies de culpa, isto é, esta culpa objetivamente verificável, portanto um “erro de conduta exigível”, daquela referida pela doutrina como “estado psicológico de consciência da ilicitude”, ainda adotada no âmbito penal, ambas ganharam um sobrenome, uma designação identificativa. Assim, a culpa objetivamente considerada é referida como culpa

<sup>17</sup> A atuação preventiva tem tal força, que a mesma LDC trata não apenas das condutas ilícitas, objeto das considerações trazidas neste artigo, mas também dos atos de concentração, com o fim de evitar que movimentos estruturais em cada mercado relevante acarretem efeitos econômicos anticoncorrenciais, ou seja, mesmo quando os agentes sob análise não estejam violando qualquer regra de conduta concorrencial.

normativa, ou também como culpa objetiva. E ela se distingue daquela que pressupõe a análise do estado de consciência do ofensor, referida como culpa subjetiva, e que foi sendo abandonada na interpretação civilística, embora ainda mencionada por doutrina e jurisprudência, ora por motivos históricos, ora por desatualização do intérprete sobre mudanças normativas.

Embora no âmbito civil (reparatório), o abandono da culpa subjetiva faça bastante sentido, no âmbito administrativo e no penal (punitivo), a investigação da culpa subjetiva pode ser relevante em alguns casos, por exemplo para fins de cálculo da sanção punitiva, ainda que não dispense a análise da culpa normativa.

Corroborando esta segunda linha de entendimento e forma de leitura do *caput* do artigo 36, o artigo 37, III, da LDC, expressamente prevê que o administrador responsável pela infração estará sujeito à sanção administrativa que estabelece mediante a comprovação de sua culpa ou dolo, portanto “do seu estado de consciência”. Ou seja, há especificamente com relação à hipótese abrangida no artigo 37, III, vale dizer, de fixação da pena do administrador do agente econômico, a expressa referência à necessidade de consideração de elementos subjetivos do sujeito responsável, consideração esta que havia sido dispensada no artigo 36. Com efeito, a opção pelo legislador de determinar a análise da “culpa subjetiva” em apenas alguns casos (para fixação da pena) não afasta a necessidade de análise da “culpa objetiva” em todos (para configuração do ilícito).

Concluindo, ainda que se reconheça a possibilidade de entender a expressão “independentemente de culpa” inserida no *caput* do artigo 36 da LDC, como uma dispensa à análise da reprovabilidade da conduta do agente em sede de responsabilidade administrativa, com aplicação de um regime de responsabilidade objetivo, parece mais razoável entender, conforme a segunda linha de interpretação acima exposta, que no âmbito punitivo previstos na LDC, especialmente diante de norma com tipicidade tão aberta, deve ser sempre feita a análise no mínimo da culpa normativa do agente econômico. Isto é, deve ser feita a análise da reprovabilidade da conduta apreciada pela autoridade administrativa conforme legítimas expectativas estabelecidas em consonância com padrões de conduta praticadas, que envolvem inclusive padrões de racionalidade econômica, mas não apenas, pois também (e sobretudo) padrões de conformidade jurídica vigentes em cada momento histórico, conforme entendimento corrente e em consonância com valores positivados no ordenamento, sob risco de a sanção imposta pela autoridade administrativa se tornar arbitrária.

## 2.2. Responsabilidade Criminal

Ainda no âmbito da responsabilização punitiva, há, para além da possibilidade da aplicação da sanção administrativa, também a possibilidade, com relação a certas infrações econômicas consideradas pelo legislador mais graves à sociedade, de responsabilização penal.

Assim, algumas normas, como a Lei 8.137, de 27-12-1990 (que define crimes contra a ordem tributária, econômica, e contra as relações de consumo, com sua redação alterada pela própria LDC) e, mais recentemente, a Lei 14.133, de 01-04-2021 (a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que altera e revoga a Lei 8.666, de 21-06-1993, com vigência imediata dos novos dispositivos referentes a crimes em licitações e contratos administrativos) se somam à LDC na responsabilização punitiva dos agentes econômicos por atos ilícitos praticados em matéria de livre concorrência.

Por exemplo, com relação à formação de cartel, que se opera por meio de acordo explícito



ou implícito entre concorrentes (seja para a divisão ou o controle do lado da oferta de produtos ou serviços, por exemplo, via combinação no preço de venda, produção ou volume de comercialização, seja pelo lado da demanda) e com capacidade de forte violação da livre concorrência, a infração gera, além de punição na seara administrativa, também na criminal, posto que a conduta se configura crime em nosso ordenamento, conforme previsto no artigo 4º, II, da Lei 8.137/90, sujeita à pena de reclusão de 2 a 5 anos.

Se o acordo entre concorrentes se der no curso de processo licitatório para contratação pelos órgãos integrantes da Administração Pública direta, autárquica e fundacional dos entes federativos, a conduta será tipificada como crime de frustração do caráter competitivo da licitação, prevista no artigo 337-F do Código Penal, introduzido pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, sujeita à pena de reclusão de 4 a 8 anos, e multa.

A apuração do ilícito criminal é feita pelo Ministério Público e autoridades policiais, podendo o Cade solicitar o concurso de sua atuação desde a investigação em sede administrativa, seja esta instaurada de ofício ou mediante representação fundamentada de qualquer interessado (artigo 66, §8º, LDC). Independentemente da possível participação do Ministério Público desde a fase de investigação administrativa, ele será sempre comunicado das decisões tomadas em sede administrativa pelo Tribunal do Cade, para medidas no âmbito de suas atribuições (artigo 9º, §2º, LDC), inclusive em sede criminal, que são várias<sup>18</sup>.

Embora no projeto de lei que resultou na redação final da LDC e que alterou a Lei 8.137/90 houvesse a previsão expressa sobre a competência da Justiça Federal para apurar e julgar crimes contra a ordem econômica, o dispositivo específico foi vetado<sup>19</sup>, dando ensejo a alguma controvérsia sobre o juízo competente, se comum ou federal, para julgamento de casos de crime contra a ordem econômica.

Conforme entendimento firmado no STJ<sup>20</sup>, o julgamento do cartel compete, em regra, à Justiça Estadual, o que não afasta a competência da Justiça Federal, desde que se verifique hipótese de ofensa a bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias ou empresas públicas (artigo 109, IV, CR), ou desde que, pela magnitude da atuação do grupo econômico ou pelo tipo de atividade desenvolvida, o ilícito tenha a propensão de abranger vários Estados da Federação, prejudicar setor econômico estratégico para a economia nacional ou o fornecimento de serviços essenciais<sup>21</sup>.

Na seara criminal, diferentemente da administrativa, não há controvérsia quanto à necessária análise da culpabilidade do agente, sempre presente, diante da impossibilidade de imputação de responsabilidade objetiva em ação penal, porquanto vedada no ordenamento jurídico brasileiro.<sup>22</sup>

18 O Ministério Público atua em todas as esferas de responsabilização. Na seara administrativa, um membro do MP Federal é designado para emitir parecer nos processos para imposição de sanções por infrações, nos termos do artigo 20 da LDC. Na seara criminal, cabe ao Ministério Público a persecução dos crimes contra a ordem econômica. Finalmente, na seara civil, o MP tem legitimidade para a promoção de ações civis públicas, inclusive com intuito reparatório.

19 O dispositivo vetado da LDC tinha a seguinte redação: "Art. 120. A Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 16-A: 'Art. 16-A. Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes contra a ordem econômica previstos no caput e nos arts. 5º e 6º desta Lei.'" Razão do veto: "O dispositivo faz referência aos arts. 5º e 6º da Lei nº 8.137, de 1990, que, no entanto, estão sendo expressamente revogados pelo art. 127 do próprio projeto de lei."

20 STJ. HC 117169, 5ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 16.03.2009.

21 Ainda sobre o tema da competência, o MPF editou em 2014 a Orientação nº 09, corroborando a competência federal quanto a crime de formação de cartéis interestaduais e internacionais. Documento disponível em <http://www.mpf.mp.br/atualizacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-no-9>.

22 O STF recentemente reafirmou a impossibilidade de responsabilização objetiva em sede criminal, em sede de agravo

Com relação às pessoas naturais, a condenação na seara criminal enseja, além da aplicação da pena prevista conforme o tipo penal específico para o ilícito apurado, a restrição automática de algumas liberdades, notadamente o exercício da administração em qualquer sociedade enquanto durarem os efeitos da condenação criminal (artigo 1.011, CC).

Sem embargo das peculiaridades da matéria, importante evidenciar a existência do caráter punitivo compartilhado pelas sanções administrativas e criminais, portanto sua proximidade ontológica para fins de política concorrencial. Tanto assim que o legislador infraconstitucional previu que quando a conduta for sujeita à sanção tanto em sede administrativa quanto criminal, estará sujeita ao prazo de prescrição previsto na lei penal (artigo 46, LDC).

Também evidenciando o caráter aproximativo das duas searas que integram o chamado *enforcement* público, destaque-se que a lei concorrencial, com o intuito de promover o programa de leniência, estabeleceu grande alcance dos seus efeitos, para permitir que a pessoa que cometa ilícito antitruste, mas que colabora com investigações de maneira contundente, inclusive prestando informações sobre outros envolvidos e entregando provas que comprovem a infração, possa ter redução ou mesmo extinção de responsabilidades.

Em termos práticos, sob a ótica da responsabilidade administrativa, a celebração de acordo de leniência com a autoridade antitruste faz com que a sanção administrativa possa ser extinta ou reduzida (artigo 86, §4º, LDC), e, do ponto de vista criminal, impede o início da ação penal relativa aos crimes praticados (artigo 87, LDC), suspendendo o prazo de prescrição até o cumprimento completo dos termos do acordo. Confirmado o seu cumprimento na integralidade, também a sanção penal se extingue.

Concluindo, o âmbito da responsabilização criminal a ilícitos de natureza concorrencial no Brasil é um pouco mais limitado que o de responsabilização administrativa, somando-se o primeiro ao segundo em casos nos quais o legislador entendeu que a maior gravidade da conduta do agente, bem como os seus efeitos perante a coletividade exigem resposta mais rigorosa do ordenamento. Por outro lado, reconhecendo a natureza próxima da responsabilização administrativa e da criminal, a LDC prevê que o processamento para apuração daquela influencia em alguma medida o processamento para apuração desta, o que evidencia a unicidade lógica do nosso sistema jurídico, que trata as duas espécies de responsabilização como respostas punitivas, e que devem, portanto, correr em compasso.

### 2.3. Responsabilidade Civil

Para além dos institutos que, pela via da punição dos agentes infratores das normas de direito concorrencial, tutelam interesses assentados em nosso ordenamento – o qual impõe, nos moldes do artigo 170 da CR, a observância, entre outros princípios, ao da livre concorrência, da propriedade privada, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores, da repressão ao

regimental em habeas corpus julgado em favor de homem denunciado porque a sociedade que integrava prestou informações falsas à Receita. Prevalceu o voto divergente do Ministro Gilmar Mendes, do qual se destaca o excerto: “Não havendo uma demonstração a contento nem do vínculo causal (tipo objetivo) nem do liame subjetivo entre autor e fato, como se viu, estamos diante de um verdadeiro caso de responsabilidade objetiva. Nessa linha, importante destacar que a responsabilidade objetiva na seara penal é vedada no ordenamento jurídico pátrio. A responsabilidade objetiva é inconstitucional, e não existe espaço para tal modalidade de intervenção criminal no Estado Democrático de Direito”. STF. 2ª Turma. AgRg no HC 182.458-DF, Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes. DJ-e 27/09/2021.



abuso do poder econômico –, existe também a via da reparação, que pode ser buscada pelas pessoas que venham a ser afetadas por atos em desacordo com os princípios gerais que orientam o exercício da atividade econômica.

Ressalve-se a interpenetração entre o direito público e o privado, ambos que oferecem caminhos diferentes, mas não resultam (como já se sustentou no passado, com base em modelos de codificação do Estado Liberal) na cisão rígida dos campos de aplicação de cada ramo da ciência jurídica para tutela dos interesses.

Assim, sem prejuízo dos diferentes instrumentos disponibilizados por cada disciplina jurídica, órgãos do Estado podem também adotar instrumentos de direito privado para gestão de bens e interesses públicos, e, também o direito público oferece mecanismos de tutela a interesses particulares. Há um diferencial quantitativo, isto é, na carga de atenção oferecida pelas disciplinas de direito público e privado a cada tipo de interesse, mas não qualitativo, ontológico.

Sendo nosso ordenamento jurídico um todo complexo, porém unitário, de incorporação de valores centralizados na Constituição Federal e densificados na legislação infraconstitucional, não é possível se cogitar que a incidência de uma disciplina afaste outra – o que há é interpretação ponderativa em prol dos interesses que devem ser compatibilizados na aplicação do Direito<sup>23</sup>.

A responsabilidade civil por danos concorrenciais é mais um instrumento de ordenação jurídica econômica, e se baseia no fundamento que, se de um lado nossa Constituição assegura a liberdade aos agentes, de outro assegura igualmente a proteção aos interesses das pessoas impactadas pelo exercício abusivo<sup>24</sup> da liberdade, que causa danos à coletividade, no que atuam os mecanismos de tutela do Direito da Concorrência, mas também a indivíduos, no que atuam os institutos do Direito Civil.

Assim, as pessoas físicas e jurídicas que sofram com um dano injusto, afetadas por qualquer ato ilícito, inclusive aquele de natureza concorrencial, contam com a possibilidade de buscar em juízo a tutela de seus interesses, para além da eventual punição que será promovida por outros caminhos. Neste sentido, Moraes:

A constitucionalização do direito dos danos impôs, como se viu, a releitura da própria função primordial da responsabilidade civil. O foco que tradicionalmente recaía sobre a pessoa do causador do dano, que por seu ato reprovável deveria ser punido, deslocou-se no sentido da tutela especial garantida à vítima do dano injusto, que merece ser reparada. A

---

23 A respeito, ver, entre outros: Sarmiento (2003, p. 272-297); e Schreiber e Konder (2016), destacando-se destes últimos o excerto colhido na página 12: “[...] a metodologia civil-constitucional opõe-se à clássica *summa divisio* do ordenamento, cindido em direito público e direito privado, sobre a qual se constroem, na sociedade moderna, as rígidas separações entre autoridade e liberdade, política e economia, Estado e sociedade, direito e moral, e, dentro do direito, a dicotomia entre direito público e direito privado. Com o posicionamento da Constituição no ápice do ordenamento e o reconhecimento de que tanto o chamado direito público como o dito privado devem servir à realização dos preceitos constitucionais, a distinção passa a atender a uma finalidade mais didática do que ontológica, uma vez que ambos compartilham o mesmo fundamento e apontam para uma mesma finalidade” (SCHREIBER; KONDER, 2016, p. 12).

24 Ressalvando-se desde já a possibilidade de haver situações previstas no Direito pátrio em que, para fins de adequada reparação à vítima de dano injusto, é possível, em mecanismo conhecido como de socialização dos riscos, a atribuição de responsabilidade civil mesmo em hipóteses em que não há tecnicamente qualquer abuso, qualquer ato culposo, ou seja, violador de um dever de cuidado objetivamente considerado. São as chamadas hipóteses de responsabilização civil objetiva, fundamentadas no risco de certa atividade desenvolvida pelo agente econômico, ou simplesmente nos casos especificados em lei, nos termos do parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.

punição do agente pelo dano causado, preocupação pertinente ao direito penal, perde a importância no âmbito cível para a reparação da vítima pelos danos sofridos (MORAES, 2006, p. 245).

Apesar de os objetivos e mecanismos de atuação de cada uma das três espécies de responsabilização variarem, pode-se dizer que também a ação de agentes econômicos privados contribui para o fortalecimento do sistema brasileiro de defesa da concorrência. Como já mencionado, é o que a doutrina costuma designar como *private enforcement*, ou persecução privada da normativa jurídica.

A tutela dos valores da concorrência por meio da persecução privada pode se dar de maneira preventiva, para obstar práticas que constituam infração à ordem econômica, ou reparatória, para obter o ressarcimento dos danos que vierem a sofrer em decorrência de atos ilícitos concorrenciais praticados pelo infrator.

Com efeito, dentre os direitos e garantias fundamentais amparados em nosso ordenamento para toda e qualquer pessoa, a Constituição prevê expressamente no inciso V do artigo 5º o direito à indenização por danos sofridos.

Em adensamento de tal previsão, no contexto econômico se posiciona o artigo 47 da LDC, que estabelece que os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no artigo 82 da Lei 8.078/1990 (CDC), ou seja, os legitimados para defesa coletiva dos consumidores, poderão ajuizar, em defesa de seus interesses individuais, ou individuais homogêneos, ações para a cessação de infrações, bem como para o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou do processo administrativo.

Em que pese o reforço à garantia de indenização pela LDC, independente de referida previsão qualquer pessoa vítima de ato ilícito causador de dano já poderia, com base nas regras gerais de responsabilização civil previstas em nosso ordenamento, especialmente nos artigos 186, 187, e 927 e seguintes do Código Civil (CC), buscar a tutela de seus interesses injustamente prejudicados por terceiros.

E aqui uma distinção das esferas de responsabilização, posto que os institutos de responsabilização punitiva são sempre vinculados a fatos tipificados, portanto detalhada e expressamente previstos na normativa aplicável (ainda que haja uma tipicidade aberta, como acima mencionado), enquanto a responsabilização reparatória prescinde da descrição detalhada da conduta ilícita para deflagrar a atribuição de responsabilidade do agente causador do dano. Em outras palavras, uma vez verificada a presença dos requisitos para atribuição da responsabilidade civil, a conduta do agente causador de dano injusto será passível de responsabilização na seara cível, ainda que não tipificada especificamente na legislação.

Em sede punitiva, diferentemente, a tipicidade é regra, e não comporta exceção. Como bem representado no brocardo latino, *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*.

No âmbito da responsabilização civil, embora a redação do artigo 47 da LDC pareça direcionar a via reparatória ao consumidor, que por sua vulnerabilidade é de fato o sujeito principal da tutela do SBDC<sup>25</sup>, ele não é o único a receber tutela concorrencial, inclusive em sede de responsabilização

25 Neste sentido: “[...] há um intuito de proteção efetiva do consumidor enquanto sujeito vulnerável nas relações de mercado por parte do SBDC. Essa tutela deve ser direcionada a efetivação de todos os direitos a eles garantidos, dentre eles



civil.

Aliás, a própria LDC evita esta redução interpretativa ao prever, no parágrafo único do seu artigo 1º, que a coletividade é a titular dos bens jurídicos por ela protegidos.

As tutelas punitiva e reparatória são independentes, ainda que deflagradas a partir do mesmo fato. Conforme reforça expressamente o artigo 935 do Código Civil, a responsabilidade civil independe da criminal, ainda que seja possível o aproveitamento de provas. Desta maneira, é perfeitamente possível que as ações cível e criminal tramitem simultaneamente em juízos diferentes.

Ressalve-se, sem prejuízo, apesar da previsão legal de independência, a inexistência de independência absoluta entre as instâncias de punição e reparação, inclusive em razão da já mencionada interpenetração dos ramos do Direito. Ademais, as atuações de diferentes autoridades judicantes, ainda que fundadas em pressupostos diferentes, não podem partir de fatos distintos, inclusive sob pena de incoerência sistêmica. Por isto mesmo, a parte final do artigo 935 do CC consigna que a decisão sobre a existência ou inexistência de determinada conduta, portanto de sua materialidade, ou de sua autoria, tomada na esfera criminal não pode ser questionada na esfera cível.

Evidenciando, outrossim, a independência relativa das esferas de atuação judicante, há previsões de matéria cível nas normas de matéria criminal. Assim, o artigo 91, I, do Código Penal, prevê que é efeito da condenação tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; o artigo 63, do Código de Processo Penal, prevê que a sentença condenatória transitada em julgado poderá ser executada no juízo cível, e, em complemento, o artigo 387, IV, do mesmo diploma legal, prevê que o juiz criminal deve fixar o valor mínimo para a reparação de danos à vítima (sem prejuízo, conforme a parte final do parágrafo único do já citado artigo 63, da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido).

Tais previsões não estão livres de controvérsias<sup>26</sup>, não sendo consideradas como autorização para julgamento de ofício pelo juízo criminal. A jurisprudência do STJ<sup>27</sup> se firmou no sentido de que para fixação de valor mínimo de reparação dos danos morais ou materiais deve haver pedido expresso (pela vítima ou pelo Ministério Público), e ser oportunizada a defesa pelo réu, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa. Sem embargo, a autorização legislativa abre mais um caminho para os interessados na reparação<sup>28</sup>.

Embora as diferentes espécies de responsabilização possam ser respaldadas em instrumentos de tutela que sejam complementares, de certa forma, nem sempre assim sucede, pois pode ocorrer de o *enforcement* público atrapalhar o privado, ou vice-versa.

Ou seja, ao mesmo tempo em que a atuação dos órgãos responsáveis pela punição pode contribuir para apuração dos fatos e imputação da respectiva responsabilidade civil, a atuação por estes estatais pode atropelar a ação privada.

---

*a reparação individual dos danos sofridos em razão de infrações à ordem econômica. Tanto é assim que a Lei nº. 12.529/2011 previu expressamente em seu artigo 47 a possibilidade de reparação de danos decorrentes de infrações a ordem econômica"* (CAIXETA, 2013, p. 85).

26 A respeito, ver, por exemplo, Pinheiro (2010); e também Dorigon e Alécio (2018).

27 Conforme entendimento fixado pela 5ª Turma do STJ no AgRg no REsp 1.483.846-DF, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 23/2/2016, DJe 29/2/2016.

28 STJ. AgRg no REsp 1.483.846-DF, 5ª Turma. Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 23/2/2016, DJe 29/2/2016.

Exemplo de dificuldade na compatibilização de interesses se revela no julgamento pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região no Agravo de Instrumento nº 5039527-89.2018.4.04.0000/PR, em que foram partes a Petróleo Brasileiro S/A – Petrobrás e a Construtora Norberto Odebrecht S/A e outras, com participação da União Federal e do Ministério Público Federal como interessados.

Em ação cautelar ajuizada pela Petrobrás em 2016 para garantir o direito ao ressarcimento de danos sofridos em decorrência de atos de improbidade, a autora havia obtido o bloqueio de parte dos bens da Odebrecht. Todavia, a liminar concedida foi revogada em outra decisão judicial pelo TRF, posteriormente agravada pela Petrobrás. Apesar de a ação ter sido proposta para tutela de um interesse privado da Petrobrás, o tribunal decidiu em Fevereiro de 2019 por impedir o bloqueio de bens das companhias que constam do polo passivo da ação, porque elas celebraram acordo de leniência com a União<sup>29</sup>.

O mesmo pode ocorrer em sentido oposto, isto é, ao mesmo tempo em que a atuação de particulares pode contribuir para o fortalecimento do sistema de concorrência, o chamado *enforcement* privado pode também desestimular os infratores a tomarem parte em um dos instrumentos mais utilizados pelo *enforcement* público, que é o programa de leniência.

Isto porque os infratores podem ser desincentivados a seguir adiante em qualquer programa de colaboração junto à autoridade concorrencial, diante da possibilidade de, com a celebração de acordo com o Cade em que devem reconhecer o ilícito e sua autoria, assumirem um risco aumentado de responder a ações de indenização perante as vítimas do ato ilícito.

Sem embargo dos desafios na composição de interesses, a indenização deve ser sempre um remédio disponível aos prejudicados, em cumprimento de garantia constitucionalmente assegurada em nosso ordenamento.

### 3. CONCLUSÃO

Embora o valor da livre iniciativa, como fundamento da República que é, assegure o exercício da autonomia privada aos agentes econômicos, permitindo-lhes o exercício de sua liberdade econômica, justamente porque de um lado prestigia a livre concorrência, o próprio ordenamento jurídico de outro lado previne eventuais abusos no exercício das liberdades que possam comprometer os valores que consagra, oferecendo resposta aos atos que acabem por violar a ordem econômica brasileira, caracterizando-se como ato ilícito de natureza concorrencial.

O Direito brasileiro apresenta, então, resposta em três âmbitos, dois cuja função prioritária é sancionatória, a saber, o da responsabilidade administrativa, apurada pela autoridade administrativa de concorrência, o Cade, e o da criminal, em que o processo para apuração do crime e imposição

---

29 Neste caso, esclareça-se, não se trata de apuração de infração concorrencial, mas sim de ato de improbidade administrativa, e o Cade não tomou parte do acordo. As celebrantes foram a Controladoria Geral da União (CGU) e a Advocacia Geral da União (AGU), no âmbito de suas competências. Mas o exemplo é pertinente porque se aplica perfeitamente ao que se quer destacar, vale dizer, o conceito da autonomia dos interesses tutelados no ordenamento, no sentido de que o acordo de colaboração assinado pelo infrator com um órgão da Administração, ainda que possa considerar eventuais direitos de terceiros (por exemplo, na concessão de desconto no valor a ser recolhido à Administração pública em virtude de indenizações feitas a particulares prejudicados pela prática ilícita) não tem o condão de dispor sobre estes direitos. Apenas os próprios titulares, por meio dos instrumentos de tutela de que dispõem em nosso sistema jurídico, poderão decidir se e como transacionar a respeito de seus direitos, eventualmente renunciando a parte ou à totalidade da indenização pelos prejuízos sofridos, esta que não se confunde com a punição que compete ao Poder público.

de pena corre perante o Judiciário, e um terceiro cuja função prioritária é ressarcitória, o âmbito da responsabilização civil.

Este trabalho buscou apontar brevemente referidos âmbitos de responsabilização, ponderando que ainda que todos sejam destinados a densificar os valores consagrados na Constituição, se baseiam em diferentes pressupostos, e priorizam, cada um por seus próprios mecanismos, interesses específicos, exigindo interpretação que deve ser atenta, a um só tempo, à independência das esferas, contudo também à sua correlação e influências recíprocas.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAIXETA, Deborah Batista. Novas diretrizes da política antitruste brasileira: o consumidor e a atuação do Ministério Público na defesa de seus interesses. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, n. 1, maio 2013, p. 71-104. Disponível em: <https://bit.ly/3AE6Cwb>. Acesso em: 01 abr. 2022.

Não localizada CARVALHO, Livia Cristina Lavandeira Gândara de. Responsabilidade civil concorrencial: elementos de responsabilização civil e análise crítica dos problemas enfrentados pelos tribunais brasileiros. **IBRAC/TIM. Ideias em competição: 5 anos do prêmio IBRAC TIM**. São Paulo: IBRAC/TIM/Singular, 2015.

DORIGON, Alessandro; ALÉCIO, Suelen Maiara dos Santos. O acoplamento estrutural entre as matérias jurisdicionais e sua influência na reparação do dano decorrente da sentença penal condenatória. *In*: SIMPÓSIO NACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, 13., 2018, Curitiba. **Anais [...]**. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2018. p. 563-597. Disponível em: <https://bit.ly/3AEQbjn>. Acesso em: 01 abr. 2022.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. Impactos da Lei 13.874/2019 no princípio da função social do contrato: a liberdade econômica em foco. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 108, n. 1010, p. 149-179, dez. 2019.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos; ALMEIDA, Jonathan de Oliveira. Socialização do risco e o seguro obrigatório DPVAT de responsabilidade civil: caminhos e perspectivas de um debate em construção. **Revista IBERC**, Belo Horizonte, v. 4, n. 2, p. 47-66, maio/ago. 2021.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: Interpretação e crítica. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KONDER, Carlos Nelson; RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. **Civilistica.com**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3GEhQV8>. Acesso em: 01 abr 2022.

MACEDO, Alexandre Cordeiro. Teoria normativa da culpabilidade no direito antitruste. *In*: MACEDO, Alexandre Cordeiro; BRAGA, Tereza Cristine Almeida (org.). **Tópicos especiais de direito concorrencial**. São Paulo: CEDES, 2018.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. **Responsabilidade contratual e extracontratual**: contrastes e convergências no direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Processo, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006.

PINHEIRO, Lucas Corrêa Abrantes. O mínimo indenizatório sincrético e as violações ao devido processo penal. **Revista do Tribunal Regional Federal 1a. Região**, Brasília, v. março, p. 68-74, 2010. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=7777>. Acesso em: 01 abr. 2022.

REALE, Miguel. **Função social do contrato**. [S. l.: s. n.], 2003. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/funsoccont.htm>. Acesso em: 01 abr. 2022.

SARMENTO, Daniel. A normatividade da Constituição e a constitucionalização do direito privado. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, p. 272-297, 2003.

SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 9-27, out./dez. 2016.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a função social dos contratos. *In*: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**: t. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

#### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

FERNANDES, Micaela. As respostas punitiva e reparatória previstas na Lei de Defesa da Concorrência Brasileira ao ato ilícito concorrencial. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 64-80, 2022.



# 5

## A RELEVÂNCIA DAS PLATAFORMAS NA ANÁLISE ANTICONCORRENCIAL: OS CASOS DECIDIDOS PELO CADE

The Relevance of Platforms in Anticompetitive Analysis:  
The cases decided by CADE

Tanise Brandão Bussmann<sup>2</sup>

Universidade Federal do Pampa (UNIPAMPA) - Bagé/RS, Brasil

Waleska de Fátima Monteiro<sup>3</sup>

Universidade Federal do Goiás (UFG) - Goiás/GO, Brasil

Camila Sanson Pereira Bastos<sup>4</sup>

Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) - Rio de Janeiro/RJ, Brasil

Juliana Oliveira Marques Moraes<sup>5</sup>

Universidade Estácio de Sá (Estácio) - Rio de Janeiro/RJ, Brasil

### RESUMO ESTRUTURADO

**Contexto (facultativo):** Análise antitruste dos casos que já apresentaram alguma decisão do Cade no contexto das plataformas digitais.

**Objetivo:** Avaliar como os casos anticoncorrenciais envolvendo o mercado de plataformas digitais

**Editor responsável:** Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braido, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

**ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

**Recebido em:** 02/11/2022

**Aceito em:** 12/01/2022

**Publicado em:** 14/12/2022

2 Atua no Departamento de Estudos Econômicos no Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2011), mestre em Economia pela Universidade Federal de Minas Gerais (2014) e doutora em Economia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2017). É professora do magistério superior vinculada à Universidade Federal do Pampa. Tem experiência na área de Economia, com ênfase em Métodos e Modelos Matemáticos, Econométricos e Estatísticos, em modelos de Macroeconomia e Microeconomia Aplicada. **E-mail:** [tanise.bussmann@cade.gov.br](mailto:tanise.bussmann@cade.gov.br); **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/8929030311500731>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-0658-3422>.

3 Doutora em Economia (UnB). Professora do Magistério Superior (UFG) atuando no Departamento de Estudos Econômicos (Cade). **E-mail:** [waleska.monteiro@cade.gov.br](mailto:waleska.monteiro@cade.gov.br); **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/6277244705149516>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-9217-6916>.

4 Mestrado em economia, regulação e concorrência dos serviços públicos - Universitat de Barcelona (2018) e Técnico em Regulação da Atividade Cinematográfica e Audiovisual atuando no Departamento de Estudos Econômicos (Cade). **E-mail:** [camila.bastos@cade.gov.br](mailto:camila.bastos@cade.gov.br); **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/3367602932642445>. **ORCID:** <http://orcid.org/0000-0002-1073-6420>.

5 Chefe de Serviço (Cade) atuando no Departamento de Apoio Processual (Cade). **E-mail:** [juliana.moraes@cade.gov.br](mailto:juliana.moraes@cade.gov.br); **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-2497-3267>.

foram analisados pelo Cade.

**Método:** Foi realizada uma pesquisa bibliográfica e documental.

**Conclusões:** O Cade ainda não faz uma distinção entre as plataformas digitais e os casos envolvendo outros mercados. Ainda, em diversos dos casos analisados, por questões inerentes do próprio caso, a análise chegou a sequer definir o mercado relevante. Seria interessante, para casos de maior complexidade que venham a surgir, estudar a possibilidade de adoção de uma metodologia própria para análise destes casos.

**Palavras-chave:** Plataformas digitais. Condutas unilaterais. Análise antitruste. Cade.

## STRUCTURED ABSTRACT

**Context (optional):** Antitrust analysis of cases that have already presented a decision by CADE in the context of digital platforms.

**Objective:** To assess how anticompetitive cases involving the digital platform market were analyzed by CADE.

**Method:** A bibliographic and documentary research was carried out.

**Conclusions:** CADE still does not make a distinction between digital platforms and cases involving other markets. Also, in several of the cases analyzed, for reasons inherent to the case itself, the analysis did not even define the relevant market. It would be interesting, for more complex cases that may arise, to study the possibility of adopting a specific methodology to analyze these cases.

**Keywords:** Digital platforms. Unilateral conducts. Antitrust analysis. CADE.

**Classificação JEL:** K21

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Referencial Teórico; 3. Análise dos casos decididos pelo Cade; 4. Conclusões; 5. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

A economia digital alcançou uma grande escala mundialmente. Com a Covid-19, as plataformas digitais ganharam ainda mais força. No Brasil, a pesquisa TIC domicílios (CETIC, 2021) apontou que os domicílios com acesso à internet passaram de 71% em 2019 para 83% em 2020, o que equivaleria a 61,8 milhões de domicílios com algum tipo de conexão à rede. Os mesmos 83% foram mantidos em 2021, ainda segundo a pesquisa.

De acordo com o Banco Mundial (2021), a economia digital tem o valor equivalente a 15,5% do PIB global, crescendo duas vezes e meia mais rápido que o PIB global nos últimos 15 anos.

A internet tem impactado positivamente na concorrência, na inovação e nos investimentos nas mais variadas indústrias. Esse impacto mostra como as plataformas digitais têm sido eficientes no sentido de facilitar transações e conexões entre usuários, e pensando no âmbito produtivo, elas têm diminuído o caminho e facilitado as transações entre diferentes polos da cadeia produtiva (FRAZÃO, 2018).

Plataformas digitais, de uma forma resumida, seriam instrumentos “intermediárias que



conectam dois ou mais grupos de usuários e se beneficiam de efeitos de rede diretos e indiretos” (Autorité de la Concurrence; Bundeskartellamt, 2016). A OCDE (2019) descreve plataformas digitais como um serviço digital que auxilia as interações entre dois ou mais conjuntos interdependentes e distintos de usuários (indivíduos ou empresas) que interagem por meio da Internet. Tais plataformas criam valor ao juntar dois ou mais diferentes tipos de agentes econômicos e facilitar as ações entre eles para deixá-los em uma melhor situação (EVANS; SCHMALENSEE, 2013). Pelo fato de a racionalidade econômica das plataformas estar associada às características dos mercados de dois lados, é relevante a compreensão de que esses mercados têm como características a promoção dos usuários finais, para tornar possível a mudança no volume das transações por meio da alocação de maiores custos para um lado que proporcionalmente diminuem os custos do outro (FRAZÃO, 2018).

Diante dos fatos, o crescimento das chamadas *big techs* como Amazon, Google, Facebook e Microsoft que agem como provedores de serviços nos diversos mercados e, ao mesmo tempo, como plataformas intermediárias, têm causado preocupações nas autoridades de concorrência de todo o mundo (PRADO, 2020).

No Brasil não tem sido diferente: de 1995 a 2020 foram iniciadas no CADE 16 investigações por indícios de condutas anticompetitivas envolvendo plataformas digitais, a maioria deles envolvendo plataformas de busca, comparação de preços e publicidade on-line além de aplicativos de transporte individual de passageiros (Cade, 2021).

O presente artigo busca avaliar como os casos anticoncorrenciais envolvendo o mercado de plataformas digitais foram analisados pelo Cade, ou seja, o objetivo é verificar se existiu algum padrão na apreciação por parte da autoridade *antitruste* brasileira, e a partir disso, constatar se houve alguma metodologia específica para análise dos casos anticoncorrenciais de plataformas digitais. Por isso, foram considerados apenas os casos já finalizados pela agência antitruste. Nota-se ainda, que todos os casos analisados dizem respeito a condutas unilaterais, sem haver, até o momento, decisões de condutas coordenadas entre as empresas.

Para alcançar o objetivo exposto, o presente trabalho traz, além desta breve introdução, mais três seções: sendo a segunda o referencial teórico que busca inferir como alguns casos foram analisados em outras autoridades *antitruste*, a terceira seção apresenta os casos já finalizados pelo Cade entre os anos de 2011 e 2018, tentando pontuar as análises feita pela autoridade e por fim, uma breve conclusão sobre o tema.

## 2. REFERENCIAL TEÓRICO

A discussão a seguir não tem o objetivo de exaurir os trabalhos que abordam as condutas anticompetitivas no mercado de plataformas. O intuito é mostrar as possibilidades de condutas que foram abordadas por alguns autores, e com isso, inferir como a pesquisa está alinhada com os casos analisados pelas autoridades antitrustes.

Em seu trabalho, Frazão (2018) destaca que a internet foi um elemento inovador e disruptivo, com uma democratização sem precedentes. As facilidades geradas ao longo do tempo se encaixam bem no conceito de inovação como destruição criativa trazida por Schumpeter já em 1942. Contudo, se faz necessário uma reflexão quanto a economia do compartilhamento trazido no modelo de negócios das plataformas digitais. Isso porque a internet, além de permitir a interação e cooperação

desinteressada, também possibilita tanto as condutas concertadas entre as plataformas como a probabilidade de exercer poder de mercado.

No que diz respeito a condutas concertadas, Ezrachi e Stucke (2016) explicam que o uso de algoritmos e análise de dados para determinação de preços dinâmicos<sup>6</sup> pode levar a um novo tipo de cartel, visto que as empresas podem se comportar de forma anticompetitiva sem haver comunicação direta entre pessoas. Os algoritmos, na busca do melhor preço para os agentes, podem gerar preços idênticos entre firmas diferentes e com isso o consumidor fica sem alternativas, piorando seu bem-estar. O acesso a dados sobre perfil de consumo, demanda por um bem e preços praticados no mercado, transforma a facilidade de acesso à informação em possível ferramenta para prática de conduta anticoncorrencial de acordo com Teixeira (2017), e, com isso, a economia do compartilhamento pode tornar-se ferramenta para práticas anticompetitivas.

Contudo é importante frisar que o simples comportamento paralelo, sem um acordo expresso entre as firmas, não incorreria em proibição por lei. Segundo Posner (1976), a colusão tácita em si não constitui uma ação anticompetitiva, isso porque, dado a estrutura de definição de preços, mesmo de forma independente, os agentes, ainda que sem uma comunicação formal, tenderiam para uma colusão. Turner (1961), no entanto, interpreta essa conclusão como excessiva, dado que seria racional o concorrente adotar estratégia similar, ou seja, também aumentaria o preço no mesmo patamar de seu concorrente (paralelismo estratégico). Até o momento o posicionamento de Posner é o majoritariamente adotado na jurisprudência dos principais países.

Essa visão seria relevante ao se pensar no *modus operandi* do mercado tradicional de compra e venda de produtos/serviços. Entretanto, no mercado de plataformas de rede, a economia do compartilhamento de dados pode diminuir o bem-estar do consumidor no instante em que algoritmos coordenam preços acima do nível competitivo em empresas oligopolistas. Mehra (2015) argumenta que a legislação antitruste ao lidar com a coordenação de preços por meio de comunicação ou práticas facilitadoras, exige que haja um “acordo” entre as firmas anticompetitivas para que ocorra uma violação da lei, corroborando, portanto, com a análise de Posner.

Sob modelo padrão, mesmo quando os oligopolistas têm incentivos independentes para precificar de forma supracompetitiva seu produto, muitas vezes os resultados são melhores quando fazem de forma coordenada com demais empresas do mercado. Além disso, em outros casos, as firmas concorrentes só podem alcançar preços acima do preço competitivo por meio de conluio explícito. Nesses casos, analisados geralmente com o ferramental da teoria dos jogos (dilema do prisioneiro), em que o equilíbrio de Nash seria “enganar”, é necessário um acordo para evitar o resultado com um lucro inferior (do ponto de vista do fixador de preços). Para encontrar tal “acordo”, tribunais, agentes governamentais e profissionais concentram-se na “intenção” de praticar a combinação. Essa análise padrão, ainda segundo Mehra (2015), deriva de ação costumeira vigente há mais de um século, em que o antitruste regulava as vendas por parte de ações humanas. Todavia, o autor relata que essa abordagem é inadequada para ser abordada com os “vendedores-robô”, uma vez que funcionarão de maneira diferente e que provavelmente não criarão os mesmos tipos de evidências em que as investigações tradicionais se baseiam. Diante desse argumento, Mehra (2015) conclui que como os vendedores-robôs possuem características que os tornarão melhores do que os humanos na obtenção de preços acima dos preços competitivos sem comunicação, *ceteris paribus*,

6 Preço dinâmico é estabelecido pela quantidade ofertada do produto/serviço no momento da pesquisa ou pelo preço dos competidores.



eles aumentarão os danos ao consumidor devido a essa lacuna. Percebe-se com isso, que mesmo que não haja um acordo explícito entre as empresas, a obtenção de preços supracompetitivos por meio de algoritmos em mercados de plataformas de rede infringe o objetivo do antitruste no que diz respeito à proteção do bem-estar do consumidor<sup>7</sup>.

Não obstante, práticas colusivas, em geral, envolvem uma enorme complexidade no que diz respeito à produção de provas em relação ao acordo, sendo ainda mais complexo em casos envolvendo plataformas de rede. De acordo com o Saito (2016) uma das principais características das plataformas é o uso cada vez mais frequente dos algoritmos inteligentes. Por essa razão, nestes setores, a análise das práticas colusivas torna-se ainda mais complexas, uma vez que práticas similares aos cartéis são realizadas com o uso destes algoritmos, que não incorrem em práticas concertadas tradicionais, sendo muitas vezes extremamente tênue a linha que separa a colusão do mero paralelismo de preços. Em razão disso, há uma maior dificuldade nas investigações por parte das agências antitruste.

Mehra (2015) ainda argumenta que computadores podem limitar a concorrência não apenas por meio de acordos ou práticas combinadas, mas também por ações mais sutis. Por exemplo, algoritmos de computador semelhantes promovem um ambiente de mercado estável no qual eles preveem a reação e a estratégia dominante de cada um. Tal ambiente digitalizado pode ser mais previsível e controlável. Além disso, este não sofre vieses comportamentais e é menos suscetível a possíveis efeitos dissuasores gerados pela fiscalização antitruste.

Outra prática anticompetitiva que pode ocorrer nos mercados de plataformas é a tendência ao monopólio. Segundo Zingales e Lancieri (2019), em relatório produzido pelo *Stigler Committee on Digital Platforms*, o mercado digital apresenta diversas características que, embora não sejam novas, nunca haviam aparecidos juntas dessa forma, e que empurram o mercado na direção do monopólio de uma única companhia com dominância de mercado. Segundo os autores são cinco as características que podem levar os mercados de plataformas ao monopólio:

- i) Fortes efeitos de rede, ou seja, quanto mais pessoas utilizam um produto, mais atraente ele se torna a novos usuários;
- ii) Fortes economias de escala e de escopo. O custo de se produzir mais, ou de se expandir para outros setores diminui conforme a companhia cresce;
- iii) O custo marginal é próximo de zero;
- iv) Quanto mais dados você coleta e controla, melhor o seu produto, e mais dados você consegue coletar; e
- v) Baixos custos de distribuição, que permite um alcance global por parte das plataformas. (ZINGALES; LANCIERI, 2019, p. 7-8).

Os autores hoje classificados como neobrandesianos como Khan (2017) e Wu (2018), apresentam algumas considerações importantes sobre mercado de plataformas digitais. Para Wu (2018), o fato de haver um aumento da concentração em poucas e maiores empresas já é um fato preocupante

---

<sup>7</sup> Para um debate mais aprofundado sobre bem-estar do consumidor e os objetivos do antitruste consultar Borges (2020).

bem como uma característica da atualidade. A análise do caso da *Standard Oil* e sua repercussão na economia estadunidense levou Wu a conclusão de que as economias de escala apresentam uma limitação pela própria estrutura do ambiente em que a firma está, elemento que dá nome ao seu livro, “a maldição da grandeza”, em tradução livre. Além disso, a concentração de mercado faz com que haja uma tendência a deixar os salários mais baixos, reduzir as condições de trabalho, facilitar o uso de *noncompetes*, dentre outros. Atualmente, principalmente nos mercados digitais, em que as barreiras à entrada são baixas, notou-se que as firmas conseguiram certa dominância. E é nesse contexto que Wu sugere uma nova abordagem, com padrões para a análise de atos de concentração mais amplos e duros, principalmente no caso de grandes firmas, com uma maior publicidade nestes casos, bem como, quando houver a necessidade de remédios, uma discussão mais ampla (WU, 2018).

É nesta mesma linha que o texto de Khan (2017) analisou uma plataforma que, aparentemente, ao atuar enquanto *marketplace* e também vendedora apresentou, no mercado, ganhos em relação ao consumidor em termos de preços. Tanto Wu (2018) quanto Khan (2017) expõem certa resistência aos critérios e às análises atualmente utilizados pelo antitruste, pois foi tal contexto que permitiu a criação das *big techs*. No caso de Khan (2017), é possível que a estratégia de negócios da empresa (muitas vezes relacionadas a preços tão baixos que permitam inferir a respeito de preço predatório), e a dominância deste negócio pode fazer com que seja difícil que o *antitruste* reconheça um problema nas condutas devido ao ferramental de análises utilizado atualmente pelas agências *antitrustes*. Esta questão, especificamente em relação à Amazon, está em análise tanto na União Europeia (COMISSÃO EUROPEIA, 2019), quanto nos EUA<sup>8</sup>.

No que diz respeito à utilização dos mesmos instrumentos em mercados tradicionais e digitais, Parker, Petropoulos e van Alstyne (2020) expõem que a intervenção *ex-post* seria menos efetiva caso haja efeitos de rede. Para os autores, em um primeiro momento é mais importante verificar as formas com que as plataformas geram valor ao invés de focar exclusivamente no ambiente concorrencial. A relevância das modificações deste mercado em relação aos tradicionais, com uma maior importância dos dados e também um escopo geográfico muitas vezes mundial, faz com que seja necessário o desenvolvimento de ferramentas conjuntas entre as diversas autoridades para lidar com as condutas, que muitas vezes impactam mais de uma jurisdição. Foi sugerido pelos autores que a própria *International Competition Network* possa agir como coordenadora. Nos casos de abuso de posição dominante, como majoritariamente há a análise *ex-post*, muitas vezes os danos acabam sem a possibilidade de reversão. Diante disso, os autores sugerem a utilização de ferramentas *ex-ante*, a partir da regulação. Assim, somente no caso de a regulação não surtir efeito é que haveria o escrutínio da autoridade antitruste.

O Banco Mundial (2021) também expõe que devido a velocidade das mudanças no contexto das plataformas digitais, é necessária a readaptação das abordagens utilizadas pelas autoridades para permitir que haja a manutenção de um ambiente competitivo nestas plataformas. Ao verificar as ações das autoridades, o Banco Mundial nota que a maioria das autoridades de países em desenvolvimento ainda faz o uso de ferramentas tradicionais, bem como há uma escassez de casos levando em conta o papel dos dados (que muitas vezes podem ser uma *essential facility* ou barreira à entrada). Ao passo que as autoridades dos países desenvolvidos já estão mais adaptadas. Ainda, no contexto mundial, há poucos casos em que foram impostas multas e ainda, seus valores foram

8 Acessado dia 31/10/2022 em: <https://www.poder360.com.br/internacional/california-processa-amazon-por-comportamento-anticompetitivo/>



desproporcionais, entendendo o Banco Mundial que com estes valores não haveria o desincentivo às condutas.

### 3. ANÁLISE DOS CASOS DECIDIDOS PELO CADE

Nos últimos anos, diversos casos envolvendo plataformas digitais foram investigados e julgados nas mais diversas jurisdições, como Estados Unidos e a União Europeia. A questão trazida por Khan (2017), está sendo analisada em algumas jurisdições, além disso, entrou em vigor na União Europeia a Lei de Mercados Digitais, em 1º de novembro de 2022, que tem como objetivo aumentar a competição entre as plataformas, principalmente para diminuir o poder de mercado das dominantes<sup>9</sup>.

No Brasil, diversos casos também foram objeto de análise, sendo que até o momento houve a conclusão de 10, dentre procedimentos preparatórios, inquéritos administrativos e processos administrativos. Ao comparar, por exemplo, os processos da União Europeia e Estados Unidos com o Brasil, identificou-se que o caso do *Google Shopping* foi iniciado tanto na União Europeia como no Brasil. Em ambas jurisdições, o caso já foi decidido e não houve condenação por conduta coordenada entre empresas. Em partes, tal fato é plausível uma vez que a maioria das acusações diz respeito ao abuso de posição dominante. Ressalta-se ainda que, na maioria destes mercados, há uma sempre firma com um poder de mercado superior às demais, muitas vezes sem concorrentes próximas. Perante o exposto, entende-se que a lógica de uma combinação entre empresas não é um cenário viável, uma vez que a empresa dominante é capaz de ditar as regras de mercado sem que haja a necessidade combinar com outras empresas.

No ordenamento concorrencial brasileiro, geralmente, são elencadas três etapas para identificar se uma prática pode ou não constituir uma infração à ordem econômica, a partir de condutas unilaterais. A primeira delas é caracterizar a conduta, fazendo a identificação da sua natureza e seu enquadramento legal. Nessa fase, também é verificada a existência de evidências suficientes para que se instaure o procedimento de investigação. A segunda etapa é a análise da posição dominante, por meio da delimitação do mercado relevante, da análise do *market share* dos *players* e da avaliação das condições concorrenciais potenciais e efetivas (barreiras à entrada). A terceira fase consiste na análise da conduta propriamente dita: há a avaliação dos danos e/ou benefícios trazidos pela conduta no mercado relevante e sua racionalidade econômica. Ao final, com a aplicação do princípio da razoabilidade, as condutas cujos efeitos anticompetitivos não sejam suficientemente compensados por possíveis benefícios/eficiências, são condenadas. Assim, somente quando a conduta unilateral é considerada abusiva e produz efeitos líquidos negativos ao mercado que ela será considerada ilícita (Cade, 2017; BRASIL, 2011).

Uma análise jurisprudencial do tribunal do Cade sobre abuso de posição dominante foi realizada por Martins e Santos (2020), a partir de 22 precedentes que tiveram decisão de mérito do tribunal. Em síntese, ao analisar casos que envolvem tanto plataformas digitais quanto mercados tradicionais, verifica-se a aferição do poder de mercado do agente acusado, bem como os efeitos no mercado, a partir da regra da razão. Além disso, há a consolidação sobre a responsabilização objetiva, ou seja, de forma independentemente da culpa dos agentes. Para Martins e Santos (2020), pelo fato da instrução ser extremamente exigente, há uma maior dificuldade em imputar responsabilidade.

<sup>9</sup> Acessado em 1/11/2022: <https://olhardigital.com.br/2022/11/01/internet-e-redes-sociais/lei-europeia-deve-mudar-os-rumos-da-internet-entenda/>

Com base nos resultados de Martins e Santos (2020), entende-se que até o momento não há uma diferenciação entre os casos de mercados tradicionais para aqueles envolvendo plataformas digitais. A próxima seção expõe de forma breve cada um dos casos relacionados às plataformas digitais que foram analisados pelo Cade e foram concluídos entre 2011 e 2018. O levantamento feito no presente trabalho levou em conta a seguinte estrutura de análise já exposta: explicação da conduta, seguida de análise da dominância da firma e demais questões de mercado, além de potenciais impactos da prática anticoncorrencial. Há também as informações sobre a decisão tomada. Por fim, há uma seção que sintetiza os resultados encontrados nos processos administrativos, inquéritos administrativos e procedimentos preparatórios.

### 3.1. Processo Administrativo 08012.010483/2011-94

Este processo apresenta a denúncia da E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda em desfavor da Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda, a partir do lançamento do Google shopping, em 2011. A diferenciação de arquitetura realizada pelo Google shopping – tanto pelo aparecimento na busca orgânica desde o primeiro dia, que poderia ser caracterizado como uma venda casada do tipo *tying* – como também pelas mudanças posteriores em que haviam *banners* com fotos acima da busca orgânica, foram interpretados pelas reclamantes como potenciais infrações concorrenciais (Cade, 2011).

De acordo com a denúncia, o Google já apresentava liderança no mercado de busca orgânica e estaria utilizando esta posição para alavancar seu posicionamento no mercado de buscadores de preços, mercado que o Google, em 2011, era entrante. A análise do Cade realizada em 2018, a partir de notas técnicas, pretendia identificar a potencialidade do dano de tal conduta, porém, pela própria modificação dos termos e preferências dos consumidores desde o período da denúncia (2011) até a divulgação das notas técnicas, entendeu-se que essas modificações – de preferência a *marketplaces* ao invés de buscadores de preços – ocorreu de forma autônoma à conduta do Google. Também não foi possível observar redução do tráfego orgânico para os sítios das denunciadas e foram identificadas eficiências na conduta. As eficiências diziam respeito ao *product listing ads*, anúncios pagos que acabavam incentivando os varejistas a deixarem suas informações detalhadas, além da compra com um clique.

O conselheiro relator Maurício Oscar Bandeira Maia, sugeriu o arquivamento pela ausência de provas sobre a manipulação do algoritmo da busca orgânica. Com entendimento similar, a conselheira Pollyana Vilanova não verificou nexos de causalidade entre a atuação da representada e prejuízo ao mercado.

Já o conselheiro Paulo Burnier da Silveira entendeu que se houvesse perigo de lesão na conduta, poderia ter levado a saída de *players* do mercado, votando para a aplicação de um termo de cessação de conduta e uma multa. O conselheiro João Paulo de Resende também entendeu pela condenação, sugerindo que o *standard* probatório seria menos elevado e também ao cumprimento de obrigações, descritas no seu voto. A Conselheira Paula Azevedo entendeu que as modificações do comportamento do consumidor foram causadas pela conduta, sendo este um efeito potencial negativo. Em função disso, ela também votou pela condenação, concordando com a multa proposta pelo conselheiro Paulo Burnier da Silveira e o remédio proposto pelo conselheiro João Paulo de



Resende (Cade, 2011).

O então presidente do Cade, Alexandre Barreto de Souza, trouxe os precedentes internacionais, em que houve condenação do Google shopping na União Europeia. O presidente expôs em seu voto que houve diferença entre os fatos do caso brasileiro quando comparado à União Europeia, e por isso, não foi possível encontrar nexo de causalidade entre a conduta do Google e eventuais prejuízos no mercado, votando pelo arquivamento (Cade, 2011). O caso foi arquivado pelo voto de qualidade do Presidente do Cade.

### 3.2. Processo Administrativo 08700.005694/2013-19

Neste processo, a Microsoft fez uma denúncia expondo a dificuldade no uso de outras plataformas de busca patrocinadas, com exceção da AdWords, do próprio Google. O uso de uma ferramenta externa faria com que houvesse uma maior interoperabilidade e que fosse possível, aos demandantes de anúncios patrocinados, um acompanhamento centralizado dos anúncios nas diferentes plataformas (Cade, 2013a).

Foi considerado o mercado relevante do produto de busca patrocinada, e dimensão geográfica nacional, em que o Google apresentava posição dominante. Na análise, o conselheiro relator, Mauricio Oscar Bandeira Maia, não observou cláusulas prejudiciais à concorrência, e expôs que apesar de haver similaridade com o caso da União Europeia, naquele caso a condenação ocorreu devido à acordos de exclusividade que ocorreram entre as empresas de anúncios e o Google. No caso em questão, em diversos momentos foi exposto que o *multihoming* foi inclusive incentivado, ou seja, de forma diferente do caso europeu. O processo foi arquivado por unanimidade pelo tribunal do Cade em 19 de junho de 2019 (Cade, 2013a).

### 3.3. Processo administrativo 08700.009082/2013-03

Este processo foi iniciado também com uma denúncia de 2011 do E-commerce *Media Group*, discutida na seção 3.1. Em 2013 a petição inicial foi aditada para incluir a conduta de *scraping* por parte do Google no site Buscapé. A Superintendência Geral do Cade optou por tratar em dois processos distintos, uma vez que seriam condutas diferentes (Cade, 2013b).

No caso em questão, o mercado relevante é o de buscas on-line, sendo classificado a dimensão produto como os sites de busca universal e dimensão geográfica como nacional. A utilização do *scraping* nos sites das concorrentes, de acordo com a representante teria sido motivada com o objetivo de alavancar sua posição dominante. No caso em tela, foi apresentado apenas um elemento probatório que dizia respeito a ocorrência de *scraping* no mercado norte-americano, sendo que as demais empresas oficiadas não relataram a ocorrência deste tipo de prática. Desta forma, as provas coletadas não eram capazes de configurar infração à ordem econômica.

A conselheira relatora Polyanna Ferreira Silva Vilanova entendeu pela ausência de elementos probatórios suficientes e sugeriu o arquivamento de tal prática. O processo foi arquivado por unanimidade em junho de 2019 pelo plenário do Cade, porém, foi aberta uma instauração de Inquérito Administrativo no sentido de verificar as condições de concorrência e abuso de posição dominante no mercado de busca e de notícias. O inquérito está ainda em tramitação no Cade.

### 3.4. Inquérito Administrativo n. 08700.003132/2014-11

A partir de indícios obtidos na análise do ato de concentração nº 08012.012428/2011-39, o tribunal do Cade iniciou uma investigação para verificar o abuso de posição dominante pela Universal Music Internacional no mercado de distribuição de música on-line (Cade, 2014).

Apesar de não haver uma definição na nota técnica, entende-se como o mercado relevante na dimensão produto o de *download* e *streaming* de músicas e em termos geográficos, mercado nacional. Não há também no caso uma análise do *market share* da Universal no mercado, no entanto, as maiores empresas são conhecidas como *majors*, sendo a Universal uma delas. Há diferenças entre os contratos das *majors* e demais companhias, mas sem uma diferença que indicasse uma conduta anticompetitiva pela Universal. Na análise do caso, não foi possível inferir a partir das respostas obtidas pela associação setorial, bem como pelas principais distribuidoras deste mercado, o abuso da posição dominante. Com isso a conclusão da Superintendência Geral foi de arquivamento do caso em outubro de 2016.

### 3.5. Processo Administrativo 08700.006964/2015-71

Este processo foi aberto a partir de denúncia do Diretório Central dos Estudantes do Centro Universitário de Brasília (“DCE-UniCeub”) e do Diretório Central dos Estudantes Honestino Guimarães (“DCE-UnB”). Posteriormente o DCE-UniCeub foi excluído do polo passivo e o Uber foi incluído. A denúncia dizia respeito à atuação de sindicatos de Táxi e Motoristas de Táxi de São Paulo, de Minas Gerais e do Distrito Federal, bem como de pessoas físicas, que supostamente realizavam o emprego de violência física e moral, com grave ameaça de forma coordenada, contra os motoristas que trabalhavam com Uber. Também havia o abuso do direito de petição (*sham litigation*) pelas associações de taxistas no Poder Judiciário, Ministério Público e outras instâncias. Nota-se que o Uber entrou como representante, e não representado.

Em primeiro lugar, em 2015, havia certa controvérsia quanto a legalidade das Empresas de Rede de Transporte (ERTs), sendo que somente em 2019 o STF se manifestou expondo que a proibição da atividade de transporte privado individual seria inconstitucional, ou seja, entendendo pela legalidade dos ERTs (STF, 2019) e pela lei 13.640 de 2018 (BRASIL, 2018). Caso a decisão fosse contrária, entende-se que não haveria condições do Cade decidir sobre tal temática.

Neste caso não há uma discussão sobre o mercado relevante, contudo poderia se encaixar como mercado de serviços de transporte remunerado privado individual de passageiros, havendo a divisão pelos municípios em que haviam representantes no polo passivo. Quanto à posição dominante, não é possível afirmar sem a análise pormenorizada de dados sobre o setor, indisponíveis no caso em tela.

No que tange às condutas, em relação ao primeiro ponto, sobre a violência física, apesar de haver diversos registros na nota técnica da SG, havia uma dificuldade entre essa ocorrência e a responsabilização concorrencial. O outro ponto seria sobre o abuso do direito de petição, em que SG entendeu haver ausência de material probatório contra as condutas, sendo esta conclusão também referendada pelo conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia e mantida pelo plenário por unanimidade em julho de 2018.



### **3.6. Inquérito Administrativo 08700.010960/2015-97**

Este inquérito foi iniciado a partir de representação da Comissão de Defesa do Consumidor contra o Uber. O Poder Público Municipal é competente para regulamentar o serviço de transporte individual, portanto o Uber estar sujeito à regulamentação de cada município em que atua. O Cade, naquele momento entendeu que não seria de sua competência decidir sobre a legalidade das plataformas de transporte de passageiros individual, sendo esta, conforme já exposto no caso acima, decidido posteriormente, em 2019 pelo STF.

A alegação da representante de que o Uber estaria incorrendo em concorrência desleal seria devido à ausência de custos que os taxistas incorreriam em suas atividades. O CADE explicou então nesta nota técnica a diferença entre a concorrência desleal e as infrações da ordem econômica. No caso, a competência do Cade está apenas nos casos englobados no segundo grupo, de infrações à ordem econômica. Sendo assim, procedeu-se a análise levando em conta os potenciais impactos à ordem econômica e entendeu a SG que não havia infração, sugerindo o arquivamento do caso, que ocorreu em outubro de 2017.

No caso em tela, não houve discussão sobre o mercado relevante, porém fica subentendido que se tratava do mercado de serviços de transporte remunerado privado individual de passageiros, em nível municipal devido a regulamentação. Também não houve análise sobre o *market share* das empresas.

### **3.7. Procedimento Preparatório n. 08700.004530/2015-36**

Este procedimento preparatório iniciou com Ministério Público Federal encaminhando ao Cade uma denúncia da Associação Boavista de Táxi - Ponto 1813, também contra o Uber, que realizaria o serviço de Táxi. Conforme já discutido na seção 3.6, a prática realizada pelo Uber era denominada como concorrência desleal pelos denunciantes. Também não foram apresentados neste procedimento indícios de infração contra a ordem econômica, motivo pelo qual foi sugerido o arquivamento da prática, o que ocorreu em novembro de 2015.

As demais observações já realizadas na seção 3.6 também se observam neste caso: a discussão sobre a legalidade do Uber e a ausência da discussão sobre a definição do mercado relevante (Cade, 2015).

### **3.8. Inquérito Administrativo 08700.005679/2016-13**

O inquérito administrativo foi iniciado a partir de representação do fórum dos operadores hoteleiros do Brasil devido a uma cláusula contratual entre os hotéis e algumas agências de plataformas on-line (Expedia do Brasil Agência de Viagens e Turismo Ltda., Decolar.com Ltda. e Booking.com Brasil Serviços de Reserva de Hotéis Ltda.). A cláusula era a de nação mais favorecida, ou seja, fazendo com que as condições que os hotéis realizassem contratos de hospedagem por outros meios que não as plataformas on-line fossem, no mínimo, tão vantajosas quanto às aplicáveis as plataformas (Cade, 2016c).

Apesar de não haver a especificação na nota técnica, entende-se que o mercado relevante diz

respeito ao de hospedagem, sendo de abrangência municipal ou local. Também não houve análise sobre o *market share* dessas plataformas. A Superintendência Geral do Cade expôs que outros países já apresentavam, em suas jurisdições, análises contra as empresas de plataformas de viagem e proibiram que estas apresentassem cláusulas de paridade. No caso em tela, diversas empresas firmaram termos de compromisso de cessação entre 2017 e 2018, abrindo mão das condições de paridade em outros meios de venda por parte dos hotéis. Por conta disso, este processo não apresenta uma nota técnica, tendo sido arquivado em julho de 2021 quando findou o prazo de acompanhamento dos termos de compromisso de cessação com total cumprimento pelas partes.

### 3.9. Procedimento Preparatório 08700.008318/2016-29

O procedimento preparatório foi iniciado pelo encaminhamento por parte do Ministério Público do Estado de São Paulo de uma denúncia realizada, bem como outras denúncias realizadas no clique-denúncia do Cade. Na análise da Superintendência Geral há a sugestão no parágrafo 13 de mercado relevante sendo o mercado de serviços de transporte remunerado privado individual de passageiros. No entanto, tal parágrafo apresenta uma nota de rodapé que essa não seria propriamente dita, uma definição de mercado relevante, e que não há a vinculação desta nas análises de casos futuros (Cade, 2016).

Na denúncia, há a prática de *dumping* ou preço predatório, o que faria com que os motoristas arcassem com os custos de suas atividades. A SG entendeu que uma vez que existe a possibilidade de livre entrada de motoristas, não é possível afirmar que tal prática predatória realmente ocorra. Quanto ao fato do Uber funcionar como um cartel *hub-and-spoke*, em que o hub seria a plataforma, entende-se que há certa semelhança no modelo de precificação com uma conduta comercial uniforme, mas até o momento da análise, haviam eficiências ao consumidor. Outro fator que enfraquece o argumento seria o fato do modelo utilizado ser *multi-homing*. Por isso, a SG sugeriu o arquivamento de tal prática, sendo o processo arquivado em outubro de 2018 (Cade, 2016).

### 3.10. Inquérito Administrativo 08700.006067/2018-18

O inquérito iniciou com uma comunicação do Secretário de Promoção da Produtividade e Advocacia de Concorrência, em que havia a informação de que as prefeituras de São Paulo, Rio de Janeiro e Manaus estavam destinando recursos públicos para a criação de aplicativos de transporte individual de passageiros. Na nota técnica da Superintendência Geral, não houve uma discussão sobre o mercado relevante, porém pode-se inferir que o caso diz respeito ao transporte de passageiros nos municípios em questão. A Superintendência Geral não visualizou na criação de aplicativos pelas prefeituras nenhum ilícito concorrencial, sugerindo o arquivamento do inquérito, que ocorreu em julho de 2019 (Cade, 2018; 2021).

### 3.11. Sumário dos casos

O Quadro 1 apresenta o resumo dos casos apresentados e discutidos na seção anterior. É possível notar que há uma concentração de denúncias em termos dos representados: Uber e Google.

Em diversos casos não há uma discussão sobre o mercado relevante. Nos casos do Uber,



especificamente, é possível que tal resistência tenha ocorrido devido a controvérsia no que diz respeito a regulamentação do mercado de transporte de passageiros individuais.

Outro ponto relevante é o fato de diversos casos estarem fora do escopo da análise do Cade, como por exemplo, a discussão sobre as condutas de violência física contra os indivíduos atuando no serviço de Uber (08700.006964/2015-71). Apesar de contar também com o argumento de *Sham Litigation*, não traz elementos que permitam uma análise e condenação sobre este ponto, além das inferências sobre a legalidade do Uber. Outros exemplos que podem ser citados são as acusações de concorrência desleal (08700.010960/2015-97 e 08700.004530/2015-36). Nestes casos, o próprio Cade expõe que a concorrência desleal não seria uma infração à ordem econômica. Ou seja, a esfera adequada para averiguação não seria o Cade.

Em relação as provas apresentadas nos autos, o processo 08700.009082/2013-03, por exemplo, foi arquivado devido à ausência de evidências. A dificuldade para conseguir tais evidências, principalmente no contexto da vigência da Lei Geral de Proteção de Dados, pode ser problemática, e situações semelhantes podem ser encaminhadas ao Cade e eventualmente serem arquivadas pela falta de provas.

Ressaltando os casos em que há a suspeita de um ilícito concorrencial, ou seja, os processos 08012.010483/2011-94, 08700.003132/2014-11 e 08700.005679/2016-13, nota-se que o primeiro caso demorou 7 anos até o julgamento, tendo sido iniciado em 2011 e julgado em 2018, o segundo iniciou a partir de informações de um ato de concentração e o terceiro foi concluído com um termo de cessação de conduta.

**Quadro 1-Síntese dos casos apresentados**

Processo	Representados	Definição do Cade de mercado relevante?	Mercado Relevante Produto (Mercado Relevante Geográfico)	Havia Posição Dominante?	Conduta Supostamente Praticada	Julgado pelo tribunal?	Motivo do Arquivamento
08012.010483/2011-94	Google	Sim	De comparação de preços (nacional)	Neste mercado, não	Abuso de Posição dominante e Venda Casada	Sim, arquivado com 3 votos a 3	Tempo e Possíveis Eficiências
08700.005694/2013-19	Google	Sim	De Busca Patrocinada (nacional)	Sim	Abuso de Posição dominante	Sim, Arquivado por Unanimidade	Multihoming e Integração
08700.009082/2013-03	Google	Sim	Buscas Online (nacional)	Sim	Uso de dados de outros sites para alavancar a posição dominante	Sim, Arquivado por Unanimidade	Falta de Materialidade da Denúncia
08700.003132/2014-11	Universal Music	Não	Download e Streaming de Música (nacional)	Não é analisado	Abuso de Posição dominante	Não, arquivado na SG	Não foi identificado o abuso da posição dominante
08700.006964/2015-71	Diversos Sindicatos de Táxis e Pessoas Físicas	Não	Serviços de transporte remunerado privado individual de passageiros (municipal)	Não é analisado	Sham litigation e uso da força física	Não, arquivado na SG	Matéria fora do escopo de análise do Cade.
08700.010960/2015-97	Uber	Não	serviços de transporte remunerado privado individual de passageiros (municipal)	Não é analisado	Concorrência Desleal	Não	Matéria fora do escopo de análise do Cade.

08700.004530/2015-36	Uber	Não	serviços de transporte remunerado privado individual de passageiros (municipal)	Não é analisado	Concorrência Desleal	Não	Matéria fora do escopo de análise do Cade.
08700.005679/2016-13	Plataformas Online de Agências de Viagem	Não	Hospedagem (municipal)	Não é analisado	Abuso de Posição Dominante	Sim, os TCCs	Cumprimento de TCC
08700.008318/2016-29	Uber	Sim <sup>10</sup>	serviços de transporte remunerado privado individual de passageiros (municipal)	Não	Preço Predatório e Cartel (Hub and Spoke)	Não	Falta de Materialidade da Denúncia
08700.006067/2018-18	Prefeitura RJ, SP e Manaus	Não	serviços de transporte remunerado privado individual de passageiros (municipal)	Não se aplica	Não se aplica	Não	Matéria fora do escopo de análise do Cade.

Fonte: Elaboração Própria a partir dos casos da seção 4.

Diante do exposto, verifica-se que uma avaliação mais célere é necessária, ou uma maior divulgação da possibilidade de solicitação de medida preventiva, para permitir que eventualmente algum ilícito concorrencial não acabe por prejudicar o mercado devido ao tempo que o Cade leva para analisar a matéria. Além disso, por meio de sua função de *Advocacy*, o Cade deveria promover maior divulgação dos ilícitos que são analisados pela autarquia bem como funciona sua atuação nesses casos, para com isso tornar empresas potencialmente lesadas mais propensas a denunciar. Além disso, essa cooperação pode auxiliar na resolução também dos casos.

#### 4. CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo avaliar como os casos anticoncorrenciais envolvendo o mercado de plataformas digitais foram analisados pelo Cade. Para tanto, foram analisados os 10 casos já concluídos até o momento nesta autarquia.

Dentre os casos, nota-se que apenas 4 foram transformados em processo administrativo: em três, havia a representação do Google e em um havia a representação do Uber. Em todos os casos do Google, esta empresa fez o uso de sua posição dominante no mercado de busca universal para alavancar seu posicionamento em outro mercado em que era entrante ou não detinha uma posição dominante no mercado. Já no caso da Uber, em que houve a hostilização de motoristas dentre outras condutas, não foi possível encontrar nexos causal entre os fatos e a ocorrência de ilícitos concorrenciais, sendo assim arquivado.

Com exceção do primeiro caso, do Google Shopping, todos os demais não apresentaram uma discussão extensa e com posições opostas no tribunal. Apenas no caso de *scraping*, foi sugerido por um conselheiro uma realização de investigação que foi aceita pelo tribunal do Cade e a presente investigação ainda está em andamento. Nos casos do Uber, em diversos deles ainda havia uma controvérsia sobre a legalidade desta atividade, que foi pacificada em 2018 com uma mudança na legislação e em 2019 com o entendimento do STF. No entanto, a grande maioria dos casos não envolviam condutas do Uber e sim questionamentos sobre a estrutura de custos, licenciamento, e outros itens que poderiam tornar a concorrência de certa forma desleal com os taxistas. Neste sentido, há o esclarecimento da Superintendência Geral de que a atuação do Cade diz respeito

<sup>10</sup> Deixa claro que não há a vinculação de casos futuros nesta definição.



apenas aos casos de infração à ordem econômica. Em geral, nota-se a ausência de conhecimento por parte dos autores, qual é a esfera correta para realizar sua denúncia. Por isso, se faz necessário melhorar a atuação do Cade no que diz respeito a deixar mais clara qual sua atuação.

Salienta-se ainda, o caso relacionado do setor hoteleiro e as plataformas de viagem, em que houve a assinatura de diversos termos de cessação de conduta. Isso ocorreu, uma vez que as empresas hoteleiras solicitavam a assinatura de cláusulas de nação mais favorecida nos contratos, e como essa prática já estava sendo analisada em outras jurisdições, o Cade tomou decisão similar à outras autoridades de defesa da concorrência.

Até o momento, entende-se que foram analisados pelo Cade um conjunto pequeno de casos de condutas unilaterais envolvendo plataformas digitais, e na maioria dos casos, realmente não havia necessidade de extensão da análise, pois o caso não apresentava complexidade.

Porém, apesar de haver uma grande discussão sobre as plataformas digitais e suas complexidades, até o momento não foram criadas pelas autoridades antitruste ferramentas para a análise de casos que explorem essas especificidades, utilizando com isso, as mesmas ferramentas já aplicadas aos mercados tradicionais, principalmente quando se analisa as autoridades de defesa da concorrência dos países em desenvolvimento. Diante deste cenário, entende-se que é necessária maior discussão sobre a temática, no sentido de permitir o desenvolvimento de um ferramental próprio e adequado para o mercado de plataformas digitais. Ou ainda, que pelo menos indique eventuais prejuízos de seguir usando as análises tradicionais, contribuindo assim, no enriquecimento da discussão sobre este tema.

## 5. BIBLIOGRAFIA

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. **Competition Law and Data**. [S.l.]. 2016.

BANCO MUNDIAL. **Digital Development**. [S.l.]. 2021.

\_\_\_\_\_. **Antitrust and Digital Platforms: An Analysis of Global Patterns and Approaches by Competition Authorities**. Equitable Growth, Finance and Institutions Insight; World Bank, Washington, DC, 2021.

BORGES, R. F. **Descontrole de estruturas: dos objetivos do antitruste às desigualdades econômicas**. (2020). PhD Thesis. Universidade de São Paulo. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-24032021-163117/pt-br.php>>

BRASIL. **Lei 12.529/2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica. Os artigos 86 e 87 tratam sobre o acordo de leniência do Cade.

BRASIL. **Lei 13.640 de 2018**. Altera a Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, para regulamentar o transporte remunerado privado individual de passageiros.

CADE. Processo Administrativo 08012.010483/2011-94. 2011.

CADE. Processo Administrativo 08700.005694/2013-19. 2013a.

CADE. Processo administrativo 08700.009082/2013-03b.

CADE. Inquérito Administrativo 08700.003132/2014-11. 2014.

CADE. Processo Administrativo 08700.006964/2015-71. 2015a.

CADE. Inquérito Administrativo 08700.010960/2015-97. 2015b.

CADE. Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo 08700.004530/2015-36. 2015c.

CADE. Inquérito Administrativo 08700.005679/2016-13. 2016.

CADE. **Inquérito Administrativo nº08700.004314/2016-71 - Nota Técnica 34/2017/CGAA4/SGA1/SG/ CADE.** [S.l.]. 2017.

CADE. Inquérito Administrativo 08700.006067/2018-18. 2018,

CADE. **CADERNOS DO CADE - Mercado de Plataformas Digitais.** [S.l.]. 2021.

CETIC. **Pesquisa TIC Domicílios.** [S.l.]. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. **Antitrust: Commission opens investigation into possible anti-competitive of amazon.** 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. **Case AT.39740 — Google Search (Shopping).** [S.l.]. 2017.

Departamento de Justiça dos Estados Unidos. **US. and Plaintiff States v. Google LLC.** Fonte: <https://www.justice.gov/atr/case/us-and-plaintiff-states-v->. 2020.

EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. The Antitrust Analysis of Multi-sided Platform Businesses. **NBER Working Paper 18783**, 2013. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w18783>.

EZRACHI, A; STUCKE, M. E. *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy.* **Cambridge: Harvard University Press**, 2016

FRAZÃO, A. Plataformas Digitais e os Desafios para Regulação Jurídica. *In*: PARENTONI, L. **Direito, Tecnologia e Inovação.** Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 635-665.

KHAN, Lina M. Amazon's Antitrust Paradox. **The Yale law journal.** 2017.

LAM, S. A Review of 'Big Tech' Antitrust Litigation in the Federal Courts. **Richmond Journal of Law & Technology**, 2022.

MARTINS, Ciro da Silva. SANTOS, Laura Soares Miranda. Abuso de posição dominante segundo a jurisprudência do Cade. **Revista de Defesa da Concorrência.**p.164-176. V.8,n.2.2020.

MEHRA, S. K., **Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms** (10 de março de 2015). Minnesota Law Review, vol. 100, a ser publicado, Temple University Legal Studies Research Paper No. 2015-15, Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2576341>

OECD. **An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation.** Paris. 2019.

PARKER, Geoffrey; PETROPOULOS, Georgios, van Alstyne, MARSHALL. Digital Platforms and Antitrust. **Brugel Working Paper** n.6 2020.

PRADO, T. S. **Assessing the Market Power of Digital Platforms.** Quello Center Working Paper, TPRC48: The 48th Research Conference on Communication, Information and Internet Policy. [S.l.]: [s.n.]. 2020.

POSNER, Richard A., Antitrust Law: An Economic Perspective, **University of Chicago Press**, ed. 12, 1976.



Supremo Tribunal Federal STF - **RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 1054110** SP. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5206938>

SAITO, L. **Antitruste e novos negócios na internet. Condutas anticompetitivas ou exercício regular de poder econômico?**, 2016. PhD Thesis. Universidade de São Paulo.

TEIXEIRA, A. C. F. B. **Análise de condutas unilaterais anticoncorrenciais na nova economia: os desafios da intervenção antitruste no caso de exercício abusivo de posição dominante em negócios baseados na internet.** 2017. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-ASHHS6/1/matr\_cula\_2015650045\_\_disserta\_\_o\_andr\_\_costa\_f\_de\_belfort\_teixeira\_\_\_\_an\_lise\_de\_condutas\_unilaterais\_anticoncorrenciais\_na\_nova\_economia\_\_\_\_07\_2017.pdf> Acessado em 17 outubro de 2022.

TURNER, D. F. The definition of agreement under the Sherman Act: Conscious parallelism and refusals to deal. **Harv. L. Rev.**, 75, 655, 1961.

ZINGALES, Luigi. LANCIERI, Filippo. Stigler Committee on Digital Platforms: Policy Brief. Stigler Center for the Study of the Economy and the State. **Chicago Booth**. 2019. p. 6-22. Disponível em: <<https://www.publicknowledge.org/wp-content/uploads/2019/09/Stigler-Committee-on-Digital-Platforms-Final-Report.pdf>>. Acessado em 18 de outubro de 2022.

WU, Tim. **The Curse of Bigness: antitrust in the new gilded age.** 2018.

#### **COMO CITAR ESTE ARTIGO:**

BUSSMANN, Tanise; MONTEIRO, Waleska; BASTOS, Camila; MORAES, Juliana. A Relevância das Plataformas na Análise Anticoncorrencial: Os casos decididos pelo Cade. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 81-97, 2022.

# 6

## ACORDOS VS. CONDENAÇÕES EM CONDUTAS UNILATERAIS: UMA ANÁLISE DO PONTO DE VISTA DA EFICIÊNCIA

Analysis of Cade's efficiency in unilateral conducts: settlement vs. sentencing

Patrícia Jacobs<sup>2</sup>

Fundação Getúlio Vargas (FGV) - Brasília/DF, Brasil

### RESUMO ESTRUTURADO

**Contextualização:** A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) avaliou em 2019 que investigações de condutas unilaterais pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) são poucas, têm duração elevada e são resolvidas majoritariamente por meio de acordos administrativos (termos de compromisso de cessação ou TCCs).

**Objetivo:** O objetivo do estudo é analisar a eficiência do Cade no exame de condutas unilaterais, com base no tempo de duração dos processos e no tipo de conclusão, isto é, se são resolvidos por meio de TCCs ou decisões do órgão que, em geral, são judicializadas.

**Método:** A pesquisa levantou os casos de abuso de posição dominante no Cade entre 2012 e 2019 e seus desfechos, calculou o tempo médio de duração dos processos e comparou dados referentes a processos que culminaram em TCCs com aqueles com decisões do Cade, inclusive os judicializados.

**Resultados:** A comparação aponta que a duração média dos 76 casos concluídos em TCCs no período estudado consumiu menos da metade da dos 17 processos com condenação de agentes econômicos pelo Cade, que geralmente são levados ao Judiciário.

**Conclusões:** Potencialmente, os acordos administrativos, por demandarem menos tempo, podem limitar danos à ordem econômica por abuso de posição dominante, o que pode ser um indicador de eficiência. Por outro lado, a análise aponta que o grande número de TCCs interrompe as investigações e os esforços já empreendidos pelo Cade, dificultando ainda a formação de jurisprudência.

**Palavras-chave:** acordos administrativos; conduta unilateral; direito concorrencial; eficiência; termo

**Editor responsável:** Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braido, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

**ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

**Recebido em:** 16/03/2022

**Aceito em:** 28/03/2022

**Publicado em:** 14/12/2022

2 Mestre em Políticas Públicas e Governo pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), especialista em Defesa da Concorrência e Direito Econômico pela FGV, pós-graduada em gestão estratégica de projetos e certificada como Project Management Professional pelo Project Management Institute (PMI) desde 2004. Servidora pública federal, atua como especialista em análise antitruste na Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **E-mail:** [patricia.jacobs@cade.gov.br](mailto:patricia.jacobs@cade.gov.br); **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/0206689127861477>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-8109-041X>.



## STRUCTURED ABSTRACT

**Context:** The Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) evaluated in 2019 that investigations of unilateral conducts by the Administrative Council for Economic Defense (Cade) are few, last long and are mostly settled through administrative agreements (termos de compromisso de cessação or TCCs).

**Objective:** The objective of the study is to analyze Cade's efficiency in the examination of unilateral conducts, based on the duration of the processes and on the different types of conclusions, that is, if they are resolved through TCCs or administrative decisions that, in general, are judicialized.

**Method:** The research surveyed the cases of abuse of dominant position at Cade between 2012 and 2019 and their outcomes, calculated the average duration of the processes and compared data that emerge from processes that ended in TCCs with those with decisions of Cade, including the ones taken to court.

**Results:** The comparison shows that the average duration of the 76 cases concluded in TCCs in the studied period expended less than half the average duration of the 17 processes with conviction of economic agents by Cade which are usually taken to court.

**Conclusions:** Potentially, administrative agreements, as they require less time, can limit damage to the economic order due to abuse of dominant position, which can be an indicator of efficiency. On the other hand, the analysis points out that the large number of TCCs interrupts the investigations and efforts already undertaken by Cade, further hindering the formation of jurisprudence in these cases that would serve as a constraint for companies, which can be an indicator of inefficiency.

**Keywords:** administrative agreements; unilateral conduct; consent decree; competition law; efficiency.

***Sumário:** 1. Introdução; 2. Acordos, eficiência administrativa e duração razoável do processo; 3. Casos de condutas unilaterais no Cade: desfechos e duração; 4. Recursos judiciais a decisões do Cade em casos de conduta unilateral; 4.1. Acordo vs. condenação no mercado de prestação de serviços médicos; 5. Instância de negociação de TCCs no Cade; 6. Conclusão; 7. Referências Bibliográficas.*

## 1. INTRODUÇÃO

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em seu relatório "OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil, 2019", observou que "as atividades do Cade contra abuso de posição dominante têm sido escassas" (OCDE, 2019, p. 85). Mais que isso, o órgão multilateral aponta que "o exercício abusivo de posição dominante não tem sido uma prioridade na apuração de condutas por parte do Cade desde a entrada em vigor da nova Lei de Defesa da Concorrência" (OCDE, 2019, p. 186).

A OCDE, paralelamente, encontra motivos para isso na ênfase dada pelo Cade, nos anos que se seguiram à nova lei de defesa da concorrência (Lei nº 12.529, de 2011), à implementação do sistema de controle de concentração, com análise *ex-ante*. Além disso, a partir de 2014, a OCDE aponta que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) passou a concentrar atenção no programa de

combate a carteis. Mais tarde, os casos resultantes da Operação Lava Jato demandaram atenção do Cade para aplicação de acordos de leniência. Em pouco tempo, a autarquia teve que se adaptar e dar respostas a esses casos que estão dentro do escopo de suas prerrogativas segundo a nova legislação. Respondendo aos desafios, o Cade conseguiu oferecer resultados bem avaliados dentro e fora do Brasil.

Essa menor ênfase na apuração de denúncias de abuso de posição dominante, de acordo com a OCDE, trouxe suas consequências. Segundo o organismo multilateral, as apurações têm duração elevada, o que ameaça ganhos de eficiência e, pior, pode desestimular agentes econômicos a oferecer denúncias ao órgão.

Essas observações reforçam o que a própria OCDE já havia descrito no relatório “Lei e Política de Concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares” publicado em 2010. O documento destacou que o tempo utilizado para concluir um caso de conduta era muito longo. Entre os casos de investigações que atingiam a fase de processo administrativo, o documento estimava que entre dois e seis anos eram consumidos desde o início do caso (OCDE, 2010, p. 46).

O relatório da OCDE de 2019 também percebe que a quantidade de casos de conduta unilateral resolvidos por meio de acordos — os chamados termos de compromisso de cessação de prática (TCC) — é muito grande, o que leva à interrupção das poucas investigações e, conseqüentemente, a uma escassez de precedentes julgados sobre as infrações, prejudicando o estabelecimento de parâmetros aceitáveis de atuação das empresas em seus mercados.

Tal constatação, conclui o órgão multilateral, “resulta em uma falta de precedentes e, portanto, de segurança jurídica em uma área de persecução concorrencial em que o número de investigações já é baixo” (OCDE, 2019, p. 15) e “pode tornar o avanço da legislação concorrencial mais demorado” (OCDE, 2019, p. 188). O organismo internacional recomenda, então, ao Cade “aumentar o número de investigações envolvendo potencial abuso de posição dominante” (OCDE, 2019, p. 186).

A OCDE também observa que, diferentemente das práticas internacionais em outras jurisdições, grande parte dos TCCs nesses casos é firmada no âmbito do Cade tardiamente, já no último estágio do processo administrativo, quando o caso está em fase de análise no Tribunal. Tal ressalva leva em conta que, nesse estágio, esforços já foram empreendidos pela administração pública, desperdiçando, assim, o potencial de eficiência que um TCC, por exemplo, pode representar. Se um acordo administrativo for firmado tardiamente no processo, os efeitos danosos de uma conduta anticompetitiva persistem por mais tempo.

Em suma, as críticas da OCDE tratam mormente da eficiência administrativa do trabalho do Cade tanto com relação à análise de condutas unilaterais como à celebração de TCCs nesses casos.

Diante de tais observações, esta pesquisa promove um levantamento completo dos casos de abuso de posição dominante no Cade entre 2012 e 2019 e seus desfechos, para, então, comparar a duração dos processos. Fundamentalmente, com os parâmetros definidos, este trabalho coteja os dados referentes a processos que culminam com a assinatura de acordos administrativos com aqueles em que há decisões condenatórias do Cade, especialmente as que são judicializadas.

Os dados apresentados e a discussão que se segue propõem uma apreciação sobre a política do Cade com relação a condutas unilaterais do ponto de vista da eficiência administrativa, com base na duração dos processos. A intenção é oferecer um novo retrato da realidade da prática atual do



órgão com relação a uma área sobre a qual, como aponta a OCDE, ainda falta atenção administrativa — e pesquisas mais detalhadas.

## 2. ACORDOS, EFICIÊNCIA ADMINISTRATIVA E DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Previsto na Lei nº 12.529, em novembro de 2011, o TCC em casos de conduta unilateral no âmbito do Cade é um instrumento que tem fundamento na doutrina da administração pública consensual<sup>3</sup>. Introduzido no ordenamento jurídico como forma alternativa de busca por eficiência e eficácia, essa forma de acordo administrativo permite, potencialmente, que um processo se desdobre com mais celeridade e de maneira menos onerosa para a administração pública e para as demais partes envolvidas, desde que não haja prejuízo para o interesse público.

As teorias da área argumentam que acordos consensuais negociados são preferíveis em casos em que forem mais efetivos que a sanção administrativa. De cumprimento espontâneo pelas partes, tais acordos podem evitar uma onerosa e indesejada judicialização.

A utilização de instrumentos consensuais pelo Direito Administrativo possibilita que o Estado transacione direitos, ação que aproxima o Direito Público do Direito Privado.

A negociação e a resolução de conflitos por via consensual também traz consigo aspectos que fazem recordar práticas de países com tradição de *common law*.

De fato, os Estados Unidos foram pioneiros em utilizar o método consensual no Direito Antitruste, em 1906, por meio do chamado *consent decree*<sup>4</sup>. Desde então, um grande número de autoridades de defesa da concorrência pelo mundo passou a fazer uso dos acordos administrativos para solucionar investigações e processos, com base também em modelos estabelecidos na União Europeia.

Por meio de acordos consensuais, a gestão pública introduz o “emprego em larga escala de métodos e técnicas negociais ou contratualizadas no campo das atividades perpetradas pelos órgãos e entidades públicas” (OLIVEIRA, 2006, p. 8).

Não seria outra a razão senão a busca por eficiência e eficácia na administração pública que levou à aproximação de práticas estatais a características das privadas. Supiot (2013, p. 134) interpreta tal fenômeno como uma “privatização das regras jurídicas”.

É importante destacar, porém, que os acordos administrativos consensuais, para ser eficientes, precisam ser vantajosos com relação às alternativas disponíveis. A administração pública deve operar uma equação de custo-benefício que leve em conta, por exemplo, a economia processual e a razoável duração do processo desde que em consonância com a opção mais racional à consecução dos fins públicos.

Os acordos administrativos concorrenciais são, assim, estímulos à realização de objetivos constitucionais a ser observados pela administração pública, configurando-se como sanções

3 Oliveira (2007) e Palma (2010) utilizam a expressão *amiúde* em seus estudos sobre acordos administrativos na administração pública.

4 *Consent decree* é um tipo de acordo utilizado nos Estados Unidos da América para solucionar disputas entre duas partes, sem que haja admissão de culpa (em um caso criminal) ou responsabilidade (em um caso civil). No Direito da Concorrência, as autoridades antitruste norte-americanas (*Antitrust Division of the Department of Justice e Federal Trade Commission*), utilizam-no como opção de solução em investigações de infrações anticoncorrenciais. O primeiro *consent decree* norte americano foi celebrado em 1906 no caso *United States v. Otis Elevator Company* (UNITED STATES, 1906).

positivas. Segundo Furlan (2013, p. 329):

As metas fixadas pelo Estado são mais eficazmente alcançadas por meio da imposição de sanções premiais, de modo que aqueles agentes que aderem aos objetivos estabelecidos são premiados com concessões e benefícios. [...] a intervenção estatal baseada na regulação sancionadora clássica não vem sendo suficiente como mecanismo de proteção à livre concorrência.

Os potenciais benefícios dos acordos administrativos são bem resumidos por Straube (2017, p.79):

A utilização de métodos consensuais no Direito Concorrencial parece gerar benefícios significativos: (i) reduz os custos tanto para as autoridades quanto para os investigados; (ii) resolve as disputas de maneira mais rápida sem um litígio formal, porém com 'força de lei'; (iii) a conduta cessa antes do que aconteceria se o caso fosse avaliado em um processo do começo ao fim, o que gera benefícios aos consumidores; (iv) a empresa investigada supera essa questão e passa a focar na continuidade de seus negócios; (v) otimiza o tempo gasto com a gestão da disputa e evita uma publicidade tão negativa quanto o seria com uma condenação.<sup>5</sup>

A OCDE também inclui entre as vantagens dos TCCs em casos de condutas unilaterais o potencial de evitar onerosas e morosas disputas judiciais (OCDE, 2019, p. 117).

No Direito Concorrencial brasileiro os acordos administrativos podem ser divididos em duas categorias: acordo no controle de conduta contra a ordem econômica (repressivo) e acordo no controle de estruturas (preventivo). Na primeira categoria, encontram-se o TCC e o acordo de leniência. Já na segunda, estão os acordos em controle de concentração (ACCs).

Em sua obra acerca do sistema brasileiro de defesa da concorrência (SBDC), Marrara (2015, p. 377) define o TCC:

[...] o TCC configura acordo realizado no âmbito do processo administrativo sancionador (inserido na atividade do controle de condutas) e nele se incluem obrigações cujo escopo é fazer cessar integralmente uma prática potencialmente ilícita ou alterar sua configuração de sorte a harmonizá-la com a defesa da concorrência. Uma vez celebrado o compromisso de cessação, o processo acusatório é suspenso e, ao se reconhecer o cumprimento das obrigações acordadas, determina-se seu arquivamento. Não por outro motivo, o TCC é acordo substitutivo. Sua celebração e devido cumprimento tornam despicienda a conclusão do processo administrativo no qual ele se formou.

No que se refere à celeridade processual e, conseqüentemente, à busca pela eficiência e economicidade, a avaliação do benefício gerado pelos TCCs deve levar em conta, como um de seus pilares, a duração dos processos administrativos.

Tal objetivo encontra-se, aliás, alinhado ao que determina o artigo 5º da Constituição

5 Straube (2017) baseou-se em Bonakele & Mncube (2012, pp. 433-434).



Federal de 1988, que inscreve a duração razoável do processo como direito individual. Já o artigo 37 da Carta inclui esse valor entre os princípios da administração pública, implícito no princípio da eficiência. Tal imperativo se torna ainda mais importante pela previsão de intervenção do Estado na ordem econômica – prevista no artigo 170 da Constituição Federal –, esfera, em geral, privada no ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, mais que em outros conflitos, a intervenção nos negócios jurídicos privados exige uma atuação estatal eficiente, que respeite prazos legais. De um lado, a administração precisa de um tempo mínimo razoável para conhecer da causa. Por outro, esse tempo não pode ser demasiado longo, ainda que o termo razoável abrigue grande subjetividade.

Em situações em que não houver fixação de prazo em lei, a administração pública deve lançar mão do princípio da eficiência como elemento balizador, apondo o máximo de critérios que possam evitar atrasos, considerando ainda a complexidade e a repercussão de cada caso.

Ainda que a administração pública deva se empenhar em buscar a eficiência, existem outros valores envolvidos que permitem justificar a opção consensual no Direito da Concorrência. Palma (2010) compreende que uma análise com foco na dinâmica da consensualidade, a priori, levaria ao entendimento de que a busca pelo consenso considera, primeiramente, a economia de tempo e custos do processo administrativo, evitando ainda a judicialização de decisões do Cade. Porém, ela afirma que, embora surja amiúde nos debates, a eficiência não deve ser fator primordial na opção por um acordo administrativo, que deve levar em consideração, mormente a finalidade e o interesse público.

[...] a avaliação de quando aplicar uma sanção ou quando celebrar acordo administrativo, a exemplo do TCC, depende de critérios inclusive econômicos que considerem o perfil dos atores envolvidos no caso concreto, as características do sistema concorrencial e as peculiaridades do caso concreto (PALMA, 2010, p. 218).

Assim, Palma (2010, p. 219) sugere que a opção entre a formalização de um acordo ou uma ação administrativa clássica, imperativa, deve ser feita em função da “eficiência da medida e no atendimento às finalidades públicas”. Aliás, Palma (2010) sugere ainda que, mesmo diante dos “expressivos efeitos positivos” dos acordos quando comparados à atuação administrativa típica, uma análise crítica dos TCCs no Cade deve levar em conta primordialmente o estudo específico de cada instrumento consensual.

O próprio legislador ofereceu ao Cade a possibilidade de definição de normas a seguir no caso de elaboração de termos de compromisso. O parecer da comissão especial da Câmara dos Deputados que analisou o Projeto de Lei nº 3.937/2004, que deu origem à Lei nº 12.529, de 2011, afirmava sobre o Termo de Compromisso de Cessação que:

[...] o Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre o termo de compromisso. É interessante refinar as regras do compromisso de cessação, com o próprio aprendizado de sua implementação. Sendo assim, a remissão a normas complementares definidas pelo Cade se torna interessante (BRASIL, 2008).

Essa delegação recebida pelo Cade deve ser explorada ao máximo a partir da experiência acumulada pelo órgão, inclusive a partir dos elementos da realidade oferecidos neste trabalho.

De fato, conforme se depreende do artigo 85 da Lei nº 12.529, de 2011, a decisão de celebrar um TCC é discricionária e pode ocorrer a qualquer momento do processo, desde que leve em conta a conveniência e oportunidade da celebração do acordo.

Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei (BRASIL, 2011).

A tentativa de garantir, por critérios os mais objetivos possíveis, que a administração pública se beneficie das vantagens prometidas pela via consensual passa, destacadamente, pela eficiência representada pela economia de tempo e recursos, públicos e privados, e pelos benefícios advindos da cessação da prática anticoncorrencial. Não é por outro motivo que a OCDE (2019, p. 118) destaca, inequivocamente, os “ganhos de eficiência que normalmente são o pilar de um programa de acordos”, até por mitigar impactos negativos duradouros no ambiente econômico. Ou seja, a eficiência em casos de abuso de poder dominante atende também a critérios econômicos.

Do ponto de vista administrativo, a duração dos diferentes tipos de processos é um dos poucos indicadores objetivos disponíveis para o Cade que podem ajudar a mensurar possíveis ganhos de eficiência a partir de acordos administrativos. Nesse caso, o tempo transcorrido para análise de um caso de conduta unilateral pode ser usado como parâmetro na persecução do melhor desempenho das atividades pelo Cade.

Como forma de oferecer um novo parâmetro para observação dos acordos administrativos por abuso de posição dominante, parte do Direito Concorrencial, em especial com uma ótica a partir do princípio da eficiência é que este trabalho passa a analisar a diferença entre o tempo transcorrido para celebração de acordos administrativos e para a aplicação de sanções em casos de conduta unilateral analisados pelo Cade.

### 3. CASOS DE CONDUTAS UNILATERAIS NO CADE: DESFECHOS E DURAÇÃO

Este trabalho empreendeu um levantamento completo dos casos de abuso de posição dominante analisados pelo Cade desde a implantação do SBDC, de 2012 até 2019.

A Coordenação-Geral Processual (CGP) do Cade forneceu dados que foram verificados e completados por pesquisa própria nos bancos de dados do órgão. Assim, foram identificados 318 processos de condutas unilaterais concluídos no Cade entre 2012 e 2019.

**Tabela 1 – Casos de condutas unilaterais julgados pelo Tribunal entre 2012 e 2019**

Condutas Unilaterais	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	Totais
Julgadas pelo Tribunal	6	13	14	7	8	0	4	10	62
Pela Condenação	1	5	2	2	4	0	2	1	17

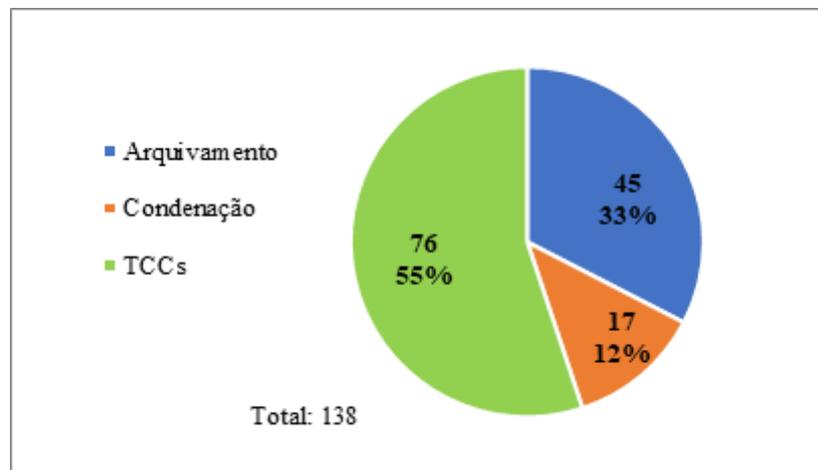


Pelo Arquivamento	5	8	12	5	4	0	2	9	<b>45</b>
<b>Suspensas por homologação de TCC</b>	<b>3</b>	<b>42</b>	<b>5</b>	<b>9</b>	<b>3</b>	<b>6</b>	<b>5</b>	<b>3</b>	<b>76</b>
TCCs negociados na SG	0	6	3	5	0	5	5	2	<b>26</b>
TCCs negociados no Tribunal	3	36	2	4	3	1	0	1	<b>50</b>
<b>Arquivadas na SG</b>	<b>4</b>	<b>42</b>	<b>28</b>	<b>33</b>	<b>18</b>	<b>12</b>	<b>19</b>	<b>24</b>	<b>180</b>
Procedimento Preparatório	4	33	23	24	15	6	16	15	<b>136</b>
Inquérito Administrativo	0	9	5	9	3	6	3	9	<b>44</b>
<b>Casos concluídos</b>	<b>13</b>	<b>97</b>	<b>47</b>	<b>49</b>	<b>29</b>	<b>18</b>	<b>28</b>	<b>37</b>	<b>318</b>

Fonte: a autora, com base em dados do Cade.<sup>6</sup>

Dos 138 casos de condutas unilaterais levados ao Tribunal, 76 (55%) foram concluídos pela homologação de TCCs. O restante ficou dividido entre arquivamentos (45, ou 33%) e condenações (17, ou 12%).

**Gráfico 1 – Casos de condutas unilaterais julgados pelo Tribunal entre 2012 e 2019**



Fonte: a autora, com base em dados do Cade.

Portanto, esses dados confirmam a observação feita pela OCDE (2019, p. 92), de que a maioria de casos de infrações anticoncorrenciais em condutas unilaterais é resolvida no Cade por meio de acordos.

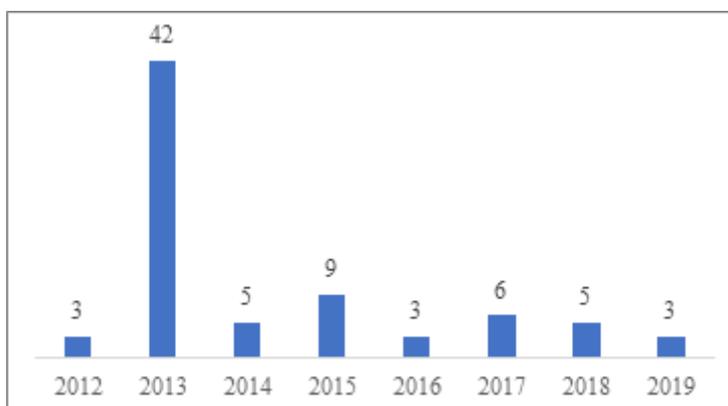
Ao extrair a data de instauração do processo e da assinatura dos 76 TCCs em processos sobre condutas unilaterais entre 2012 e 2019 dos dados obtidos no Cade, obteve-se os prazos transcorridos entre os dois eventos. Com esses números, foi possível obter a média de duração dos processos nos casos solucionados com a assinatura de TCC: 4,9 anos.

Deve-se registrar que, como observado no Gráfico 2, os 76 TCCs analisados não são distribuídos uniformemente pelos anos selecionados. Em 2013, foram homologados 42 TCCs em processos de condutas unilaterais no Cade. O restante (34 TCCs) ficou distribuído entre os outros sete anos que compõem a análise. Essa desigualdade na distribuição dos processos analisados torna pequena a amostra em anos com poucos TCCs firmados, como 2012, 2016 e 2019 (com três acordos desse tipo cada), permitindo que algum processo com duração discrepante da média histórica leve a uma

<sup>6</sup> Os dados dos 76 processos de TCCs identificados entre 2012-2019 e dos 17 processos em que houve condenação no referido período, bem como a metodologia utilizada para a identificação dos casos de conduta unilateral, estão disponíveis e podem ser solicitados à autora.

distorção do valor encontrado.

**Gráfico 2 – Distribuição anual dos 76 TCCs homologados pelo Cade de 2012 a 2019**



Fonte: a autora, com base em dados do Cade.

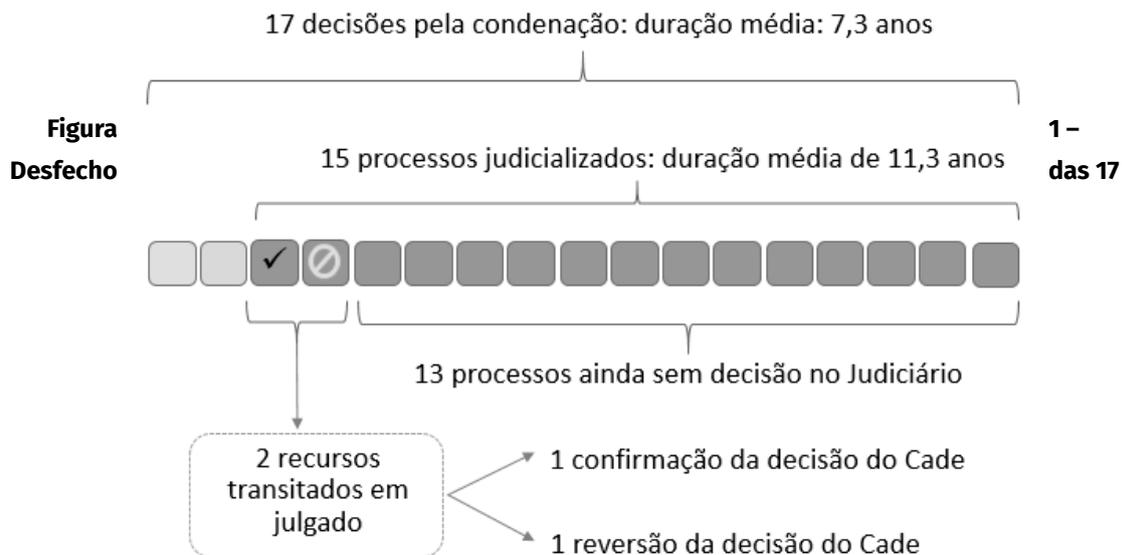
Os dados permitem afirmar que nos últimos dois anos a média de duração de processos solucionados por acordos firmados no Cade vem caindo. Em 2018, o tempo médio de tramitação dos processos que registraram TCCs foi de 2,1 anos. Já em 2019, nos três processos com TCCs celebrados, a média de tempo entre a abertura e a assinatura do acordo foi de 2,7 anos. Tal tendência, porém, deve ser alvo de novas avaliações, tendo em vista que a amostragem e o período analisados (apenas dois anos, perfazendo oito TCCs) são pequenos.

Para que o prazo identificado nesta seção possa ser avaliado em um contexto mais amplo, é possível fazer uma comparação entre esse dado e a duração de processos de condutas unilaterais que foram finalizados em julgamentos no Tribunal entre 2012 e 2019, especificamente aqueles em que houve condenação do representado.

De acordo com os dados obtidos na Tabela 1, houve 17 casos com decisão condenatória do Cade no período analisado. De cada um desses casos, foram extraídas a data de instauração dos processos e a data de sua conclusão no Tribunal, que indicaram uma duração média do início ao fim dos processos no órgão foi de 7,3 anos, tramitação 50% mais longa que a média do tempo despendido em processos em que houve acordo entre a instituição e agentes econômicos em casos de conduta unilateral.

Caso seja levado em consideração o questionamento das decisões do Cade no Judiciário, cuja demora para oferecer uma decisão final é crônica, os prazos até a solução dos casos de abuso de posição dominante são ainda maiores. Para possibilitar uma comparação, foram usados dados obtidos junto à Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade (ProCade), que identificam os desdobramentos das decisões condenatórias do órgão.

Em apenas dois casos em que foram condenados pelo Tribunal administrativo, os agentes econômicos não recorreram ao Judiciário. Para os 15 casos restantes, foi calculado o tempo transcorrido entre a decisão do Tribunal do Cade e o prazo de tramitação no Judiciário.



**condenações do Tribunal do Cade em condutas unilaterais entre 2012 e 2019**

Fonte: a autora, com base em dados da ProCade.

Assim, se for levado em consideração o prazo transcorrido entre a abertura do processo no Cade e i) a data em que se deu o trânsito em julgado no Judiciário ou ii) a data atual (1º de outubro de 2020, quando foi fornecido o levantamento realizado pela ProCade), em caso de processo judicial ainda em andamento, os prazos desde a instauração do processo são significativamente mais longos: pelo menos 11,3 anos.

O prazo médio dos processos de condutas unilaterais cujas decisões condenatórias do Cade foram judicializadas é, portanto, 130% superior àquele observado em processos em que foram registrados TCCs (4,9 anos).

#### 4. RECURSOS JUDICIAIS A DECISÕES DO CADE EM CASOS DE CONDUTA UNILATERAL

Os dados consolidados na Figura 1 confirmam uma realidade sobejamente conhecida: a grande maioria das decisões da autoridade antitruste brasileira que condenam agentes econômicos é submetida a revisão judicial. No Judiciário, os processos se arrastam por anos e, no prazo analisado (de 2012 a 2019), apenas duas sentenças judiciais definitivas entre 15 casos analisados foram proferidas.

Observa-se, assim, que, apesar de haver condenações do Tribunal do Cade em casos de condutas unilaterais (em quantidade relativamente pequena se comparada à de TCCs), há múltiplos óbices para transformar decisões do Tribunal administrativo em jurisprudência. Diferentemente da expectativa da OCDE e de outros observadores do trabalho do Cade, precedentes não são sedimentados — ou o são em ritmo extremamente lento — em desejáveis balizas para atuação das empresas em um mercado que observe a livre concorrência.

Ao discutir as vantagens e desvantagens associadas à oferta de um acordo no âmbito da defesa da concorrência no Brasil, Ruback e Athias (2019), levam em conta o contexto da prestação da Justiça no país, onde qualquer litígio pode ser “significativamente longo”, pois, uma ação judicial, com altos honorários advocatícios, pode se estender por uma década.

Deve-se registrar que uma decisão do Judiciário, em geral, não é postergada por discussões técnicas, de mérito, mas pelo uso hábil dos recursos processuais que fazem parte do ordenamento legal nacional. “[...] as partes em casos do SBDC regularmente recorrem aos tribunais contra os atos do SBDC com fundamento no devido processo legal e em dispositivos constitucionais”, observava a OCDE (2010, p. 60).

Mais que isso, o desfecho é altamente incerto, uma vez que os precedentes judiciais apenas influenciam as decisões, sem que, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, por exemplo, haja vinculação a decisões anteriores, com raras exceções.

O levantamento feito aqui e a comparação com os dados sobre decisões condenatórias do Cade judicializadas confirmam a realidade descrita em análises sobre como tramitam casos que envolvem questões concorrenciais no Brasil. De acordo com a OCDE (2010, p. 59), “os tribunais brasileiros são uma parte crítica do processo de aplicação do direito da concorrência”.

O principal efeito dessa propensão ao litígio nos casos de defesa da concorrência tem sido o atraso na implementação das decisões do Cade. Até recentemente, a grande maioria das decisões do Cade em casos de conduta não havia sido aplicada devido aos inúmeros recursos judiciais propostos. Além disso, casos de todos os tipos progridem lentamente no sistema judiciário brasileiro. Não é incomum que um caso leve dez anos ou mais para que alcance uma decisão final junto ao Judiciário (OCDE, 2010, p. 59).

Na visão de Ruback e Athias (2019), esse cenário fragiliza denunciante de condutas anticompetitivas. Os autores argumentam que, atualmente, agentes que apresentam representações ao Cade sobre eventuais abusos cometidos por competidores enfrentam o difícil ônus de,



simultaneamente, provar que são vítimas de condutas nocivas e quantificar os danos sofridos, estimando uma compensação. Ou seja, haveria grande vantagem comparativa em favor dos denunciados ou representados nos litígios judicializados.

Um acordo na esfera administrativa especializada, portanto, caso bem conduzido, teria o potencial de equilibrar essa discrepância entre representante e representado. Adicionalmente, acordos, menos onerosos e sensivelmente menos demorados, podem incentivar outros denunciadores a trazer casos à atenção da autoridade antitruste, como acontece em outras jurisdições, levando a uma consolidação da autoridade antitruste.

A falta de traquejo do Judiciário brasileiro na análise de casos do Direito Concorrencial ainda limita o amadurecimento da ação governamental na manutenção da ordem econômica. “O resultado pode ser, efetivamente, a frustração completa da aplicação das decisões do CADE durante esse longo processo de sucessivos recursos judiciais”, afirma relatório da OCDE (2010, p. 7), que já identificava esse problema.

Por outro lado, há que se ressaltar que o tratamento dado pelo Cade, desde o advento do novo SBDC, a casos de condutas unilaterais ainda está em fase de consolidação. A produção de provas de infrações à concorrência é tarefa complexa, que depende de um processo de investigação minuciosa que demonstre efeitos prejudiciais ao mercado. Provas testemunhais e qualitativas, diferentemente do que acontece no caso de cartéis, podem não ser suficientes para sustentar uma condenação de uma empresa no Cade que seja submetida a recurso no Judiciário. Assim, um trabalho qualificado do Cade na apuração de infrações por abuso de poder dominante é mister para dar suporte às decisões do Tribunal do órgão, especialmente em casos em que houver formação de juízo de culpa do denunciado. Com instruções processuais cada vez mais sólidas, a tendência de o Judiciário confirmar decisões do Cade pode aumentar consideravelmente.

A análise sobre a atuação estatal em casos de abuso de posição dominante empresta uma nova perspectiva à avaliação da política do Cade em processos de conduta unilateral. Por meio dessa lente relativa, com foco na eficiência, é possível enxergar que acordos administrativos se apresentam como solução menos morosa e onerosa para as partes envolvidas quando comparados a casos em que se registram decisões condenatórias do Cade que são judicializadas.

#### **4.1. Acordo vs. condenação no mercado de prestação de serviços médicos**

Em dezembro de 2013, o Cade condenou a Unimed – Cooperativa de Serviços de Saúde dos Vales do Taquari e Rio Pardo Ltda. por abuso de posição dominante<sup>7</sup>. Entre a representação que deu origem ao processo e o julgamento no Tribunal administrativo, o órgão levou 3,8 anos para concluir o caso. Judicializada a decisão, transcorreram-se outros cinco anos até que, em novembro de 2018, a Justiça brasileira ofereceu um veredito final, acatando os argumentos da representada e negando a apelação do Cade.

O que salta aos olhos nesse caso é que outros 40 processos semelhantes, envolvendo cooperativas Unimed em outros locais do país, haviam sido concluídos, também em 2013, por meio de assinatura de TCCs (em um prazo médio de 5 anos e meio). No caso em que não houve acordo, a empresa sediada no interior do Rio Grande do Sul foi condenada pelo Tribunal do Cade e, 8,8 anos após a abertura do caso, a decisão foi revertida no Judiciário, fazendo, inclusive, com que a

7 Vide Processo nº 08012.010576/2009-02.

jurisprudência gerada pela agência antitruste se tornasse, na prática, sem efeito.

## 5. INSTÂNCIA DE NEGOCIAÇÃO DE TCCS NO CADE

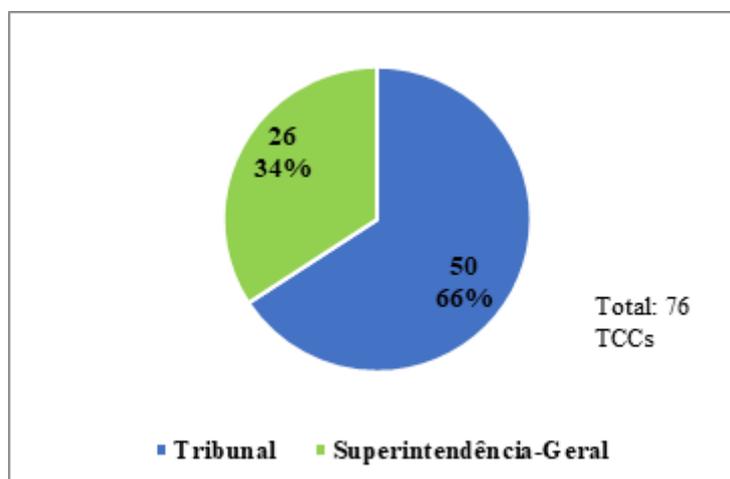
Ainda que processos de investigação de abuso de posição dominante que culminam com a assinatura de TCCs tramitem, comparativamente, em menos tempo, a OCDE e outros observadores do trabalho do Cade criticam o fato de tais acordos serem firmados tardiamente no âmbito da agência antitruste brasileira.

De modo a verificar quão tardias seriam as negociações de acordos no âmbito do Cade, este trabalho identificou a instância em que os processos que culminaram com TCCs se encontrava quando cada um dos 76 acordos foram celebrados. Para esse fim, foram consideradas as duas principais instâncias do Cade: a Superintendência-Geral, responsável, segundo a Lei nº 12.529, de 2011, por instaurar o procedimento preparatório e o inquérito administrativo (a investigação propriamente dita), e o Tribunal, responsável pelas fases finais do processo administrativo, inclusive o julgamento.

Efetivamente, o momento processual em que o TCC é celebrado guarda relação com possíveis ganhos de eficiência prometidos por acordos administrativos.

Se analisados os dados apurados na Tabela 1 no que diz respeito a casos de condutas unilaterais, confirma-se a observação da OCDE de que a maioria dos TCCs são firmados quando os processos já se encontram no Tribunal do Cade. O Gráfico 3 abaixo mostra que dois terços dos TCCs foram negociados nessa instância no período de 2012 a 2019.

**Gráfico 3 - Instância de negociação dos TCCs em Condutas Unilaterais (2012-2019)**



Fonte: a autora, com base em dados do Cade.

A OCDE (2019, p. 118) identifica que tal fato deriva da possibilidade de TCCs serem propostos no Cade a qualquer momento do processo — desde a fase de investigação na Superintendência-Geral até a decisão final no Tribunal.

[...] a possibilidade de se firmar acordos tanto em casos envolvendo [tanto] cartel quanto conduta unilateral após a conclusão da investigação pela SG, e enquanto o Tribunal decide sobre o caso antes de seu julgamento, é incomum em comparação a outras jurisdições (OCDE, 2019, p. 118).

Além da diferença apontada entre a prática nacional e a de outros países, o relatório questiona a possibilidade de requerimentos de TCCs serem elaborados até mesmo com o processo pautado para julgamento pelo Tribunal. Na crítica da OCDE (2019, p. 118), trata-se de uma fase tardia para negociar acordos.

Essa possibilidade levanta questionamentos sobre os ganhos de eficiência que normalmente são o pilar de um programa de acordos. Não haveria qualquer economia de custos para a investigação conduzida pela SG se um acordo é firmado depois que o caso foi remetido ao Tribunal para julgamento (OCDE, 2019, p. 118).

Essas análises trazem de volta o debate legislativo empreendido durante a discussão dos projetos que deram origem à Lei nº 12.529, de 2011. O texto final aprovado pelo Congresso Nacional previa, em seu artigo 85, que: § 3º A celebração do termo de compromisso poderá ser proposta até o encerramento da instrução do processo administrativo relativo à prática investigada.

Porém, ao final do processo legislativo, a Presidência da República decidiu vetar o dispositivo que limitava a apresentação de requerimento de TCC à fase de investigação, sob a responsabilidade da Superintendência-Geral. Segundo o Palácio do Planalto, o dispositivo restringiria “a possibilidade de celebração de acordos à etapa de instrução dos processos, limitando indevidamente um instrumento relevante para atuação do Tribunal na prevenção e na repressão às infrações contra a ordem econômica”<sup>8</sup>. Assim, tais requerimentos passaram a ser admissíveis a qualquer momento do processo. O veto foi mantido pelo Congresso e o parágrafo deixou de integrar a legislação em vigor.

Taufick (2017), discorda veementemente da ausência de limites para o momento de propositura de TCCs. Segundo ele, tal situação pode ocasionar casos em que uma negociação tardia de acordo seja manipulada, seja pelo agente econômico representado (de forma a não cessar a conduta potencialmente nociva), seja por pressão de outros atores envolvidos, buscando forçar que o denunciado negocie um acordo.

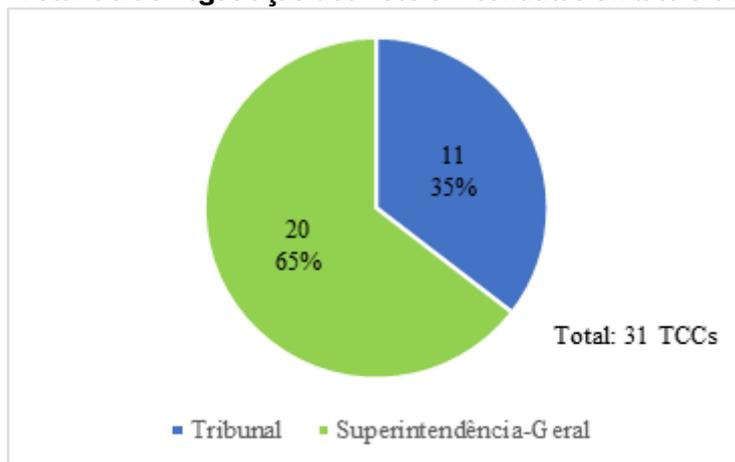
A definição do momento de celebração dos TCCs evitava que os administrados, ou o próprio Conselho barganhassem os termos do compromisso de acordo com o andamento do julgamento no Cade. A ausência de um limite temporal para a propositura do acordo implica elevar os custos de transação para o Cade. Mais do que isso, permite que o voto do Conselheiro-Relator seja irregularmente utilizado para chamar os particulares para a negociação. A flagrante ilicitude dessa estratégia está em o agente público tomar uma decisão sabidamente desproporcional com o objetivo de obrigar que o administrado recorra a um TCC ou ao Judiciário para que receba tratamento isento (TAUFICK, 2017, p. 492-493).

A prática mais recente do Cade revela que, apesar de, como visto no Gráfico 3, haver grande quantidade de TCCs negociados no Tribunal do Cade entre 2012 e 2019, a partir de 2014, a maioria dos acordos passou a ser negociada ainda na Superintendência-Geral.

---

8 Mensagem nº 536, de 30 de novembro de 2011, enviada pela Presidência da República ao Congresso Nacional (BRASIL, 2011).

**Gráfico 4 – Instância de negociação dos TCCs em Condutas Unilaterais (2014-2019)**



Fonte: a autora, com base em dados do Cade.

Esses dados, todavia, ainda são incipientes para que se possa concluir que uma tendência de negociação de TCCs na Superintendência-Geral esteja consolidada.

## 6. CONCLUSÃO

A política do Cade na análise de casos de abuso de posição dominante privilegia a celebração de acordos. Como visto, mais da metade dos processos nessa categoria culmina com a assinatura de TCCs. Ainda assim, o órgão despende longos períodos até oferecer uma solução para possíveis infrações que possam estar causando danos ao ambiente concorrencial. Como observado na análise dos dados, TCCs em casos de condutas unilaterais são firmados, em média, 4,9 anos depois de instaurados os seus respectivos processos.

Apesar de esse número estar dentro do prazo que o Cade indica como máximo<sup>9</sup>, a média está próxima do limite. Ainda que uma avaliação comparada à prática de outras jurisdições não faça parte do escopo deste trabalho, diversas análises, como as da OCDE, consideram demasiadamente longo o tempo gasto para solucionar casos de conduta unilateral no Cade.

Porém, ao oferecer uma comparação entre a duração dos 76 TCCs firmados pelo Cade e a das 17 decisões condenatórias do Tribunal do órgão — e seus costumeiros desdobramentos no Judiciário — em casos de condutas unilaterais entre 2012 e 2019, este trabalho demonstra que os acordos administrativos têm se mostrado significativamente menos morosos e, portanto, capazes de mitigar em menos tempo os danos de condutas anticompetitivas que as decisões do Tribunal, assumindo como verdadeira a premissa de que em todos os casos houve o máximo zelo pelo interesse público. Em suma, TCCs mostram-se significativamente mais eficientes no contexto da administração pública brasileira, em que o Judiciário é chamado a resolver litígios complexos do Direito da Concorrência.

A eficiência dos acordos, no entanto, em vez de estar apoiada nas virtudes administrativas do Cade, só pode ser vista sob um ponto de vista relativo. Conforme os cálculos deste trabalho, a duração dos processos em que decisões do Cade são judicializadas é multiplicada por 2,3 se comparada à

<sup>9</sup> O planejamento estratégico para o período de 2017 a 2020 define que o prazo médio de condutas anticompetitivas deve ser inferior a 60 meses. Também determina que o número de processos com mais de cinco anos de duração deve ser reduzido (inferior a 7% do estoque até 2020). Pode-se inferir, assim, que, acima desse prazo, a duração é considerada insatisfatoriamente elevada.

dos casos solucionados por TCCs. Ou seja, quando o Cade condena, geralmente a judicialização leva a ineficiência e amplia vantagens dos TCCs no que diz respeito à duração razoável dos processos.

Essa comparação é relevante — do ponto de vista fático, no contexto da administração pública nacional — para uma avaliação mais completa do papel dos acordos administrativos nesse tipo de processo de infração concorrencial. No Judiciário, o sucessivo adiamento da implementação de decisões condenatórias do Cade compromete a eficiência das ações governamentais de defesa da concorrência em mitigar efeitos negativos de condutas abusivas que, como já visto, são maiores quanto maior for o tempo transcorrido até uma intervenção estatal. Assim, a demora na resolução de infrações contra direito difuso de ordem econômica eleva a gravidade da afirmação de Ruy Barbosa de que “A justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta” (BARBOSA, 1921).

Mais que isso, o pequeno número de processos que transitaram em julgado no Judiciário no período analisado (apenas dois entre 2012 a 2019) demonstra que a formação de jurisprudência é extremamente lenta, levando em conta que apenas uma condenação do Cade foi confirmada pelo Judiciário entre as 15 decisões do Tribunal administrativo em casos de condutas unilaterais que foram judicializadas (vide Figura 1).

Ou seja, a expectativa manifestada pela OCDE (2019) de que uma quantidade maior de investigações de condutas unilaterais concluídas e levadas a julgamento no Tribunal do Cade poderia gerar mais precedentes e maior consistência na aplicação das regras relativas ao exercício abusivo de posição dominante fica frustrada nesse contexto em que se observa tamanha morosidade do sistema judicial brasileiro de oferecer, em prazo razoável, respostas satisfatórias aos complexos e altamente especializados casos de infrações concorrenciais.

E, como discutido neste trabalho, em uma perspectiva diferente da que foi observada pela OCDE, a política do Cade que prioriza os TCCs em casos de conduta unilateral também pode e deve fornecer elementos que estabeleçam precedentes para casos de abuso de posição dominante.

De fato, a decisão sobre a conveniência de celebração de acordo deve ser tomada em cada situação, conforme uma análise multidimensional de cada caso, como apregoa Palma (2010). Ainda assim, ao verificar como a eficiência da administração pública consensual se expressa na realidade da aplicação do Direito Concorrencial no Brasil, especificamente em casos de condutas unilaterais, é preciso buscar, por todos os meios, um aproveitamento o mais integral possível das vantagens oferecidas por soluções consensuais, especialmente no que diz respeito à celeridade, à economia de recursos e à cessação de possíveis danos ao ambiente concorrencial. Isso porque, de maneira mais acentuada, os acordos na área concorrencial no Brasil se mostram uma opção mais eficiente, com duração muito mais razoável.

Tais observações sobre a política de acordos administrativos, privilegiada pelo Cade em casos de conduta unilateral, aumentam a responsabilidade — e a necessidade — de o órgão aperfeiçoar os processos que levam ao uso do instrumento do TCC, aplicando práticas que possam tornar essa sistemática ainda mais eficiente e eficaz, contribuindo, assim, para reduzir danos ao ambiente concorrencial brasileiro. Afinal, as idiosincrasias do Judiciário nacional são extremamente enraizadas e qualquer mudança depende de um concerto de iniciativas muito mais complexo, que vai além do alcance institucional do Cade. Por outro lado, o estabelecimento de parâmetros técnicos transparentes e melhorias nos processos de celebração de acordos estão dentro do escopo de prerrogativas do órgão.

Os dados apresentados neste trabalho apontam que o Cade já vem reduzindo o prazo de análise de casos de conduta unilateral que culminam com a celebração de TCCs. Nesse aspecto, aliás, cabe retomar o debate sobre regras que imponham um limite temporal para a negociação de acordos em casos de condutas unilaterais.

Como visto, o dispositivo que limitava o momento de propositura de acordos em casos de condutas (§ 3º do artigo 85 da Lei nº 12.529, de 2011) foi aprovado no Legislativo, mas vetado pelo Executivo. Ainda que haja argumentos favoráveis à negociação de acordos no Tribunal do Cade, a sua limitação à Superintendência-Geral teria nitidamente o condão de antecipar a proposição de TCCs, fortalecendo essa instância do órgão também nas investigações que empreende.

Outras ações administrativas podem tornar mais eficientes a análise de casos de conduta unilateral e, também, a elaboração de acordos nesses casos. Como afirmava a OCDE (2010, p. 87), o Cade:

[...] deveria avaliar seus procedimentos em busca de maior eficiência. Assim como a análise de atos de concentração se tornou mais eficiente com a criação de um procedimento sumário para fusões que podem ser rapidamente identificadas como não-problemáticas, um procedimento similar poderia ser estabelecido para investigações de conduta (OCDE, 2010, p. 87).

Tal procedimento poderia prever uma triagem sistematizada que leve ao prosseguimento da investigação da denúncia ou ao seu arquivamento sumário. Nesse aspecto, paralelamente, o órgão poderia fomentar o desenvolvimento de sistemáticas de negociação de acordos. Para isso, é importante que o órgão elabore e publique também um “Guia de Termo de Compromisso de Cessaçao para casos de conduta unilateral”, a exemplo do que existe para casos de cartel (BRASIL, 2016).

Seria importante que o Cade aumentasse sua capacidade técnica para a análise de casos de abuso de posição dominante, inclusive pela criação, como recomenda a OCDE (2019, p. 85), de equipes exclusivas para apuração de casos de conduta unilateral.

[...] reunir a análise de atos de concentração econômica e de casos de conduta unilateral na mesma coordenação-geral tem inevitavelmente limitado o número de investigações envolvendo abuso de posição dominante. Tradicionalmente, os servidores responsáveis por investigar tais condutas veem-se obrigados a pausar suas investigações para priorizar análises de atos de concentração, que contam com prazos estritos a serem cumpridos.

Essa dedicação simultânea de uma mesma unidade da Superintendência-Geral a casos tão diferentes como atos de concentração e infrações à ordem econômica, inevitavelmente, leva a perdas de eficiência, tendo em vista a falta de especialização e de dedicação contínua a uma mesma espécie de processo. O foco em casos de conduta unilateral poderia, como já acontece com os atos de concentração, levar a metodologias e sistemáticas mais detalhadas para esses processos, o que, sem dúvida, poderia abreviar o prazo de análise desses casos.

Tal equipe poderia também se especializar na preparação de negociação de TCCs, inclusive no estabelecimento de parâmetros sobre a conveniência, momento e oportunidade de celebração de acordos.



Tão importante quanto manter incentivos a uma boa política de acordos, encerrando casos de conduta unilateral em tempo razoável, é manter uma boa sistemática de monitoramento dos resultados dos acordos. Afinal, o cumprimento dos termos do acordo pelo representado é o último passo necessário para encerrar definitivamente os respectivos processos e fazer cessar a prática investigada — e seus efeitos lesivos.

Se o objetivo é a cessação da conduta, é fundamental haver a definição de metas precisas para aferição do cumprimento dos acordos, sobretudo quando houver compromissos no TCC que digam respeito a aspectos comportamentais do agente econômico no mercado em que atua, que são, em geral, mais difíceis de ser mensurados.

A sugestão é que as equipes exclusivas para lidar com condutas unilaterais e, ainda mais especificamente, com a preparação de negociação de acordos, mantenham pessoal empenhado no monitoramento dos TCCs para aferir o cumprimento ou não de suas cláusulas.

As críticas feitas por analistas e os dados já disponíveis — como os oferecidos neste trabalho — durante os anos de experiência acumulada com relação a condutas unilaterais oferecem, portanto, balizas de possíveis caminhos a seguir.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. [S. l.: s. n.], 1921. Disponível em: <https://bit.ly/3rpbDnBf>. Acesso em: 15 mar. 2021.

BONAKELE, Tembinkosi; MNCUBE, Liberty. Designing Appropriate Remedies for Competition Law Enforcement: The Pioneer Foods Settlement Agreement. **Journal of Competition Law & Economics**, Oxford, v. 8, n. 2, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhs010>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Comissão Especial de Defesa da Concorrência. **Parecer da Câmara ao PL 3.937/2004, aprovado em 28 de maio de 2008**. Altera a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Brasília: Câmara dos Deputados, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3LY55UY>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de Termo de Compromisso de Cessação para os casos de cartel**. Brasília: Cade, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/37e7SdX>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Planejamento Estratégico 2017-2020**. Brasília: Cade, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3sH16SA>. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/30m27Fi>. Acesso em: 12 jan. 2021

FURLAN, Fernando de Magalhães. Negociações de Acordos como Garantia da Função Promocional do Direito e do Princípio Constitucional da Livre Concorrência. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor (coord.). **Direito Econômico Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 321-362.

MARRARA, Thiago. **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: Organização, Processos e Acordos Administrativos**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Follow-up to the Nine Peer Reviews of Competition Law and Policy of Latin American Countries:** Argentina, Brazil, Chile, Colombia, El Salvador, Honduras, Mexico, Panama and Peru. Paris: OCDE, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3vGc2DC>. Acesso em: 13 mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Lei e Política de Concorrência no Brasil:** uma revisão pelos pares. Paris: OCDE, 2010. Disponível em <https://bit.ly/3rnyU9M>. Acesso em: 13 mar. 2021.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Peer Reviews of Competition Law and Policy:** Brazil. Paris: OCDE, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3rp7xfc>. Acesso em: 13 mar. 2021.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Contrato de Gestão e Modernização da Administração Pública Brasileira. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n. 8, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/38PzFSr>. Acesso em: 13 mar. 2021.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Atuação Administrativa Consensual:** Estudos dos acordos substitutivos no processo administrativo sancionador. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3M5Rjjh>. Acesso em: 13 mar. 2021.

RUBACK, Karen; ATHIAS, Daniel Tobias. Private antitrust litigation in Brazil: overview. Settlement or discontinuance of an action. **Thomson Reuters Practical Law**, Londres, 1 jun. 2019. Disponível em: <https://tmsnrt.rs/3OcWqQC>. Acesso em: 13 mar. 2021.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial:** as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003.

STRAUBE, Adriana Laporta Cardinali. **Acordos administrativos no Direito Concorrencial brasileiro:** uma análise a partir da Lei nº 12.529/2011. São Paulo: USP, 2017.

SUPIOT, Alain. The public-private relation in the context of today's refeudalization. **International Journal of Constitutional Law**, Oxford, v. 11, n. 1, 2013. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/icon/mos050>. Acesso em: 13 mar. 2021.

TAUFICK, Roberto. **Nova Lei Antitruste Brasileira:** Avaliação crítica, jurisprudência, doutrina e estudo comparado. São Paulo: Almedina Brasil, 2017.

UNITED STATES. Department of Justice. **U.S. v. Otis Elevator Company, et al.** Washington: DOJ, 1906. Disponível em: <https://bit.ly/38Ovc2p>. Acesso em: 11 mar. 2021.

#### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

JACOBS, Patricia. Acordos vs. condenações em condutas unilaterais: uma análise do ponto de vista da eficiência. A arbitragem no controle de estruturas como mecanismo de reforço ao monitoramento do Cade: cabimento e vinculação da autarquia. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 98-116, 2022.



# 7

## AValiação DE IMPACTO DE POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: PROGRAMA DE LENIÊNCIA DA COMISSÃO EUROPEIA (DG-COMP) E DO CADE

Antitrust Policy Impact Assessment: European Commission's (DG-COMP) and CADE's Leniency Program

Vitor Jardim Machado Barbosa<sup>2</sup>

Universidade de Lisboa - Lisboa, Portugal

Luisa Marcelino Bono<sup>3</sup>

Fundação Getúlio Vargas (FGV) - São Paulo/SP, Brasil

### RESUMO ESTRUTURADO

**Contextualização:** O artigo analisa o Programa de Leniência da Comissão Europeia e do Cade, destacando seus efeitos positivos e negativos, com base nos conceitos de eficácia e efetividade.

**Objetivo:** O artigo busca empreender uma análise crítica do Programa de Leniência da Comissão Europeia e do Cade.

**Método:** A investigação crítica conduzida pelo artigo utilizou dados empíricos e qualitativos, além de publicações da OCDE, para a verificação do nível de eficácia e efetividade de cada Programa de Leniência.

**Conclusões:** É apresentada uma análise sobre os principais desafios a serem enfrentados na Europa para melhorar o desempenho de sua política de Leniência, como a inflação da Leniência, o uso estratégico da Leniência e os efeitos da Leniência na esfera cível. Em relação ao Brasil, são realizados apontamentos críticos. Conclui-se que os programas de Leniência têm potencial para se tornar um

**Editor responsável:** Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braidó, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

**ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

**Recebido em:** 12/03/2022

**Aceito em:** 30/09/2022

**Publicado em:** 14/12/2022

2 Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e Mestrando em Direito pela Universidade de Lisboa. Vitor atuou na Missão do Brasil junto à Organização Mundial do Comércio e outras Organizações Econômicas em Genebra em 2018, e desde 2021 é Non Governmental Advisor (NGA) da International Competition Network (ICN). Vitor é advogado na área de direito concorrencial do Stocche Forbes Advogados (São Paulo, SP). **E-mail:** [vbarbosa@stoccheforbes.com.br](mailto:vbarbosa@stoccheforbes.com.br); **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/2522124653886239>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-1256-5784>.

3 Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e pós-graduada em Direito Econômico e Concorrencial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Luisa é advogada na área de direito concorrencial do Stocche Forbes Advogados (São Paulo, SP). **E-mail:** [lbono@stoccheforbes.com.br](mailto:lbono@stoccheforbes.com.br); **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/8077508694845658>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-8252-868X>.

mecanismo de dissuasão mais poderoso a partir do enfrentamento de tais desafios.

**Palavras-chave:** Leniência, Brasil, Comissão Europeia, cartéis, efetividade, desafios.

## STRUCTURED ABSTRACT

**Context:** The article analyzes the Leniency Program of the European Commission and CADE, highlighting its positive and negative effects, considering the concepts of efficiency and effectiveness.

**Objective:** The article seeks to undertake a critical analysis of the Leniency Program of the European Commission and CADE.

**Method:** The article analyzes the Leniency Programs established by the European Commission and by CADE, using the available empirical and qualitative data, as well as data from OECD's materials to verify the level of efficiency and effectiveness of both programs.

**Conclusions:** An analysis is presented on the main challenges to be faced in Europe to improve the performance of the leniency programs, such as leniency inflation, the strategic use of leniency agreements and the effects of leniency on private damage actions. Regarding Brazil, the article provides some critical remarks. The article concludes that leniency programs have potential to become an even more powerful mechanism for fighting cartels by facing these challenges.

**Key words:** leniency, Brazil, European Commission, cartels, effectiveness, challenges.

**Classificação JEL:** K21, L41

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Programa de Leniência da Direção-geral da Comissão Europeia – divisão de concorrência; 3. A Leniência no Brasil; 4. A dualidade de efeitos positivos e negativos da política de Leniência; 5. Eficácia, efetividade, análise de custo-benefício e os atores envolvidos – bases teóricas; 6. A adoção de programas de Leniência – benefícios; 6.1. Comissão Europeia; 6.2. Brasil; 7. A adoção de programas de Leniência – potencial ausência de efetividade dissuasória; 7.1. União Europeia; 7.2. Brasil; 8. Conclusão; 9. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A política de Leniência, conforme ensina Forgioni (2016, p. 157), surge no final do século XX como um mecanismo das autoridades antitruste para detecção e prova de existência de condutas colusivas anticoncorrenciais, principalmente cartéis. Os participantes de um conluio costumam atuar de maneira velada (HARRINGTON; CHANG, 2009, p. 1402)<sup>4</sup>, sem acordos escritos, visando evitar que a prática seja descoberta pelas autoridades. Não sendo fácil provar a existência de um cartel, a confissão e a entrega de provas para as autoridades por participantes da conduta, em troca de benefícios como redução de multas e extinção de punibilidade, se coloca como uma forma inteligente de autoridades antitruste ampliarem o combate a cartéis.

A política de Leniência, além de um mecanismo de detecção e prova de infrações, busca gerar um efeito dissuasor na formação de cartéis e desestabilizar o funcionamento dos cartéis existentes,

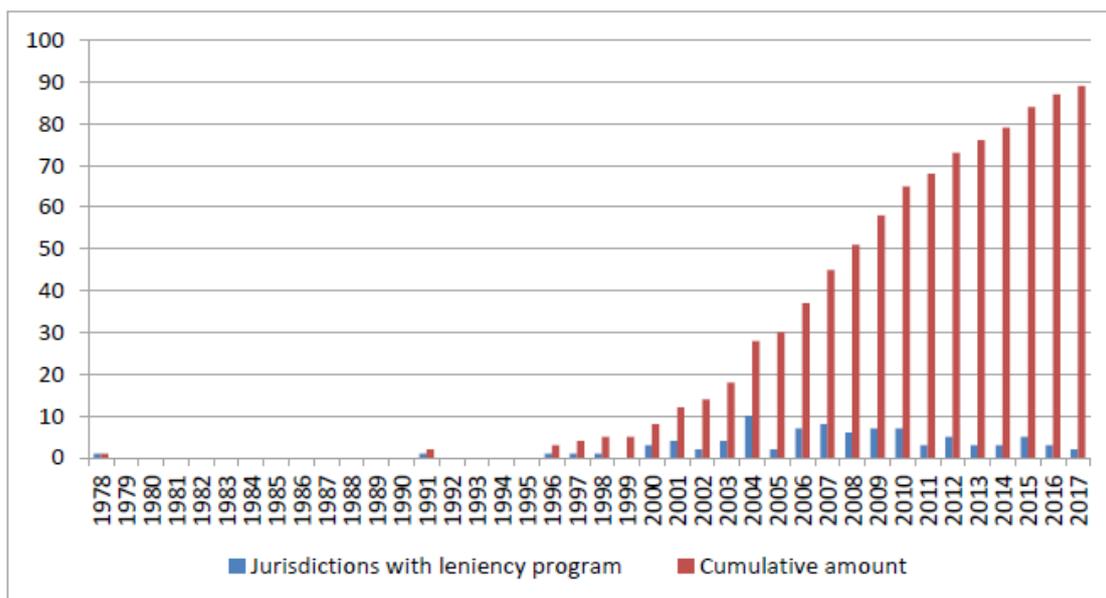
<sup>4</sup> "Due to their illegality, cartels hide themselves; we observe only the population of discovered cartels." (HARRINGTON; CHANG, 2009, p. 1402).



uma vez que cria desconfiança e suspeita entre os membros do cartel, considerando que a qualquer momento pode haver uma delação.

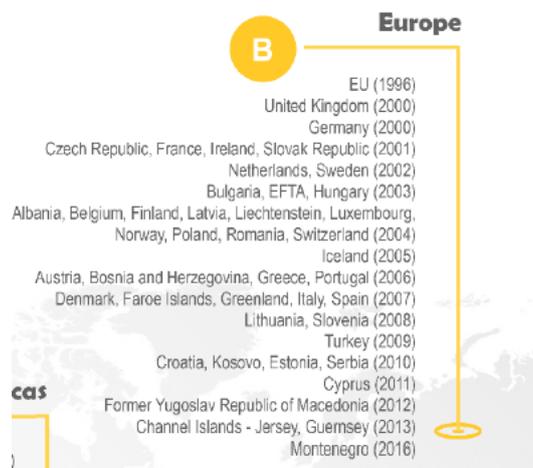
Observando os números trazidos pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (OECD, 2019b), nota-se que a adoção de programas de Leniência desde 2000 foi muito acentuada (OECD, 2019b, p. 16). Essa adesão maciça de Programas de Leniência pelos países no final do século XX e início do século XXI é denotado por Spagnolo (2008, p. 259) como *“the leniency revolution”*. No ano 2000, apenas os Estados Unidos, Canadá, Comissão Europeia, Reino Unido, Alemanha e Coréia do Sul já haviam introduzido tais programas. A partir de então, nota-se o aumento exponencial na utilização do instituto da leniência ao redor do mundo:

**Figure 2. Leniency programmes by year of introduction**



Fonte: OECD (2019b, p. 16).

**Figure 3. Introduction of leniency programmes**



Fonte: OECD (2019b, p. 17).

Na América Latina, por sua vez, os Programas de Leniência somente foram adotados a partir do ano 2000, com pioneirismo do Brasil. Em vários países latinos, a adoção da Leniência tardou ainda mais, sendo que, até hoje, nem todos possuem Programas de Leniência antitruste em seus ordenamentos jurídicos.



Fonte: OECD (2019b, p. 17).

Ainda que providas de um conceito comum entre elas, as políticas de Leniência adotaram parâmetros distintos nos diferentes países do mundo. Segundo Pereira Filho (2015, p. 87), há uma falta de consenso da literatura especializada quando se fala principalmente sobre os efeitos que um Programa de Leniência pode gerar no comportamento de um agente econômico. Questiona-se: a leniência é um mecanismo capaz de desestimular condutas colusivas? O modelo atual torna o programa atrativo para os agentes, ou os riscos a que estariam submetidos excederem os eventuais benefícios de um acordo?

A partir do capítulo a seguir, o presente artigo buscará traçar o histórico da adoção de políticas de Leniência na Europa e no Brasil e realizar apontamentos relacionados à análise de custo-benefício da adoção do Programa de Leniência pela Comissão Europeia e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), tendo em vista as informações sobre a eficácia e a efetividade dessas políticas em suas jurisdições com base em dados qualitativos e dados empíricos.

## 2. PROGRAMA DE LENIÊNCIA DA DIREÇÃO-GERAL DA COMISSÃO EUROPEIA - DIVISÃO DE CONCORRÊNCIA

A direção-geral da Comissão é responsável pela política europeia de concorrência e pela aplicação das regras de concorrência europeias. A política da concorrência da União Europeia é uma componente essencial do mercado interno e tem como objetivo proporcionar a todos os consumidores europeus produtos e serviços de melhor qualidade e a preços mais baixos (COMISSÃO EUROPEIA, 2016, p. 3).<sup>5</sup>

<sup>5</sup> Sobre o papel da política da concorrência na União Europeia, Vide o documento Compreender as políticas da União Europeia: Concorrência (COMISSÃO EUROPEIA, 2016).

Esta política centra-se, entre outras atividades, na luta contra os cartéis. Para facilitar a detecção e a eliminação dos cartéis, a Comissão aplica a chamada “política de Leniência”. Fundamentalmente, esta política confere imunidade total às empresas que reconhecem e apresentam provas da sua participação num cartel ou, pelo menos, uma redução das multas aplicadas pela Comissão<sup>6</sup>.

Desde 1996, a Comissão possui um programa de Leniência para dar às empresas a oportunidade de admitirem as suas irregularidades e de evitarem ou reduzirem uma multa potencialmente pesada por infrações à concorrência. O denominado *Leniency Notice* possibilita imunidade à primeira empresa que delatar à autoridade o cartel e seguiu uma abordagem de escalonamento das multas (RODAS, 2007, p. 23).

Em 2002, a Comunidade Europeia promoveu uma reforma, ampliando a transparência e ofertando maiores garantias nas condições de concessão de eventuais reduções das penas aos membros de cartéis que buscam os acordos. Essa reforma possibilitou a redução de pena para as empresas colaboradoras, ainda que as investigações já tenham sido iniciadas, desde que cumpram determinados requisitos.

As principais características do programa estão atualmente previstas na Comunicação de 2006 relativa à imunidade em matéria de multas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (“Comunicação sobre a Leniência”) (COMUNICAÇÃO, 2006). A comunicação abrange acordos secretos e práticas concertadas que são considerados restrições graves entre concorrentes. A principal alteração de 2006 foi a inclusão da possibilidade do candidato continuar participando do cartel, na medida da necessidade para preservar a integridade e confidencialidade das negociações do acordo de Leniência.

Não existe qualquer responsabilidade penal ao abrigo do direito da concorrência da União Europeia. No entanto, a Diretiva REC+ (COMISSÃO EUROPEIA, 2017) exige que os Estados-Membros assegurem aos trabalhadores dos requerentes imunidade das autoridades nacionais da concorrência e da Comissão contra ações penais/sanções a indivíduos.

Os requerentes dos pedidos de Leniência (i) devem cooperar plenamente, de forma contínua, a partir do momento em que apresentam suas candidaturas durante todo o procedimento administrativo da Comissão; (ii) devem ter posto termo à sua participação no cartel imediatamente após a sua aplicação, exceto o que, segundo a Comissão, seria razoavelmente necessário para preservar a integridade das investigações; e (iii) não devem ter destruído, falsificado ou dissimulado elementos de prova do cartel, nem divulgado o fato ou o conteúdo do seu pedido previsto, exceto a outras autoridades da concorrência (COMUNICAÇÃO, 2006).

### 3. A LENIÊNCIA NO BRASIL

A instituição do Programa de Leniência ocorre no Brasil alguns anos após ser implementado na Europa. Em 2000, a Lei n.º 8.884/94 teve sua redação modificada pela Lei n.º 10.149/00, a qual

<sup>6</sup> “Para facilitar a deteção e a eliminação dos cartéis, a Comissão aplica a chamada «política de Leniência». Fundamentalmente, esta política confere imunidade total às empresas que reconhecem e apresentam provas da sua participação num cartel ou, pelo menos, uma redução das multas aplicadas pela Comissão. As partes envolvidas num cartel podem também reconhecer a infração e assumir a sua responsabilidade mediante o procedimento de transação previsto pela Comissão em processos relativos a cartéis. Este procedimento permite reduzir a duração do processo e, por conseguinte, economizar os recursos da Comissão. As empresas que optam por este procedimento beneficiam também de uma redução da multa aplicável.” (COMISSÃO EUROPEIA, 2016, p. 5).

acrescentou os artigos 35-B e 35-C no diploma de 1994, criando o instituto da Leniência no Brasil para casos envolvendo infrações à ordem econômica. Em 2011, com o advento da Lei n.º 12.529/2011, o instituto da Leniência antitruste passou por alterações, que o consolidaram nos moldes atuais.

Em resumo, os artigos 86 da Lei n.º 12.529/2011 e 238 do Regimento Interno do Cade elencam os requisitos para a assinatura de um Acordo de Leniência no Brasil. Em seus termos, é necessário que: (i) a empresa seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação; (ii) a empresa e/ou pessoa física cesse sua participação na infração noticiada ou sob investigação; (iii) no momento da propositura do acordo, a Superintendência-Geral do Cade não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa e/ou da pessoa física; (iv) a empresa e/ou pessoa física confesse sua participação no ilícito; (v) a empresa e/ou pessoa física coopere plena e permanentemente com a investigação e o Processo Administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitado, a todos os atos processuais, até a decisão final sobre a infração noticiada proferida pelo Cade; e (vi) da cooperação resulte a identificação dos demais envolvidos na infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

Apesar de ter sido implementado em 2000, a primeira habilitação para o Programa de Leniência antitruste brasileiro tardou a ocorrer: a habilitação se deu em 2003, no Processo Administrativo n.º 08012.001826/2003-10, referente a um caso de cartel em licitações de serviços de vigilância do Estado do Rio Grande do Sul. Em 2007, o Tribunal do Cade reconheceu o cumprimento total do acordo por parte dos signatários, fixando a extinção da punibilidade dos agentes que firmaram o acordo (BRASIL, 2007).

Como mencionado, a Leniência passou por algumas alterações relevantes desde sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro em 2000, que demonstram uma preocupação do legislador no sentido de buscar assegurar maior adesão e efetividade ao Programa de Leniência já existente.

À época de sua criação, a lei vedava a celebração de Acordo de Leniência com os “líderes” do conluio<sup>7</sup> – proibição que foi derrubada pela Lei n.º 12.529/2011, ampliando a gama de agentes que poderiam firmar acordos com o Cade e demonstrando o interesse da autoridade brasileira em tornar seu Programa de Leniência cada vez mais atrativo para os infratores. Assim, a permissão da assinatura de Acordos de Leniência entre Cade e líderes de condutas de infração à ordem econômica é destacada pela doutrina como um fator relevante para a consolidação do Programa de Leniência brasileiro (COELHO; MAFRA, 2012, p. 8).

Outra alteração relevante trazida ao instituto da Leniência pela Lei n.º 12.529/2011 foi a possibilidade de aplicação de pena aos beneficiários que descumprirem o Acordo de Leniência, restando impedidos de celebrar novo acordo com o Cade pelo prazo de três anos.<sup>8</sup> É evidente o objetivo da nova disposição no sentido de conferir ainda mais credibilidade ao Programa de Leniência, punindo os agentes que violarem seu acordo com o Cade.

Demonstrados os principais aspectos da Leniência brasileira, percebe-se que a Lei n.º 12.529/2011 ampliou as possibilidades de concessão dos benefícios e buscou conferir maior segurança

7 Art. 35-B, parágrafo primeiro, da Lei 8.884/94 (BRASIL, 1994).

8 Art. 86. § 12. Em caso de descumprimento do acordo de leniência, o beneficiário ficará impedido de celebrar novo acordo de leniência pelo prazo de 3 (três) anos, contado da data de seu julgamento (BRASIL, 2011).



jurídica aos agentes proponentes de acordos. Conforme conclui Pereira Filho (2015, p. 100), a atual legislação é, em si mesma, a prova da importância do instituto para a defesa da concorrência no Brasil.

#### 4. A DUALIDADE DE EFEITOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA POLÍTICA DE LENIÊNCIA

Ao buscar compreender os efeitos que um Programa de Leniência pode gerar no comportamento de um agente econômico, a doutrina destaca uma série de efeitos positivos e negativos que são gerados a partir da implementação da Leniência em um ordenamento jurídico.

Motta e Polo (2001, p. 2, 3) destacam que um programa de Leniência pode ter dois efeitos possíveis, sendo um positivo e um negativo. O positivo corresponderia à possibilidade de levar as empresas a desistir da colusão e a denúncia do cartel. Já o efeito negativo consistiria em permitir o pagamento reduzidos das multas, o que poderia levá-las a explorar formas de beneficiar dos seus efeitos.

Por sua vez, a Professora Paula Vaz Freire (2015, p. 194) menciona dois possíveis efeitos negativos da política de Leniência. Uma das hipóteses seria a criação de uma estratégia pelas empresas participantes em vários cartéis, segundo a qual cada uma delas avança, à vez, para a Leniência; sendo o outro aquele em que a Leniência é utilizada por um dos membros do cartel que, com o propósito de gerar uma maior concentração do mercado, denuncia uma das empresas concorrentes. Com o declínio econômico devido à multa a suportar, se torna um alvo frágil e, assim, mais fácil de se adquirir.

Além disso, a Professora Paula Vaz Freire (2015, p. 197) destaca que para os participantes de um cartel a Leniência torna mais difícil criar e manter a colusão. O incentivo à delação, a diminuição da confiança interna e o aumento de custos de vigilância reduz expressivamente o grau de estabilidade do cartel, tendo em vista a possibilidade de detecção e punição, na ausência de cooperação, e do benefício esperado da Leniência<sup>9</sup>.

Além de o Programa de Leniência ser uma ferramenta moldada para modificar o mecanismo de formação e de estabilidade dos cartéis, o fator “custo-benefício” também se apresenta como determinante para a adoção da Leniência por diversos países do mundo. A ferramenta da Leniência está desenhada de forma a facilitar o trabalho das agências antitruste (PINHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 139), garantindo a obtenção de evidências da conduta colusiva – cuja obtenção normalmente seria de extrema dificuldade – a baixos custos, visto que o principal requisito para um acordo é que a empresa reconheça a culpa e auxilie nas acusações dos demais membros do cartel (LORENZ, 2013, p. 426).

Considerando a natureza dual dos efeitos decorrentes da Leniência, o presente artigo se propõe a debater a efetividade dissuasória e os desafios a serem enfrentados, tanto no Brasil quanto na Europa, para que a Política de Leniência seja eficaz e obtenha os melhores resultados possíveis.

---

<sup>9</sup> “Como ficou referido, para os eventuais participantes de um cartel a Leniência torna mais difícil criar e manter a colusão. A concertação entre concorrentes implica a definição de condutas no mercado e a correlativa distribuição de ganhos, assim como a existência de formas de monitorização de condutas desviantes e de desincentivo ao afastamento do acordo. Ora, a Leniência, ao aumentar o benefício de “fazer batota”, diminui a confiança interna e aumenta os custos de vigilância recíproca. Neste contexto, o grau de estabilidade do cartel passa a depender não apenas do nível ganhos ou lucros perspectivados, mas também da mais elevada probabilidade de detecção e punição, na ausência de cooperação, e do benefício esperado da Leniência” (FREIRE, 2015, p. 197).

## 5. EFICÁCIA, EFETIVIDADE, ANÁLISE DE CUSTO-BENEFÍCIO E OS ATORES ENVOLVIDOS - BASES TEÓRICAS

Com base na obra de Carolina Fernandez Blanco (2021, p. 7), este artigo apresenta a seguir as definições de “eficácia” e “efetividade” consideradas para a análise da Política de Leniência europeia e brasileira. Os seguintes usos para as palavras em questão serão adotados:

- a. Eficácia das políticas públicas: Uma norma (N) prescreve o estado de coisas ou ação (C1), os sujeitos normativos (S) sabem da existência de (N) e produzem (C1) (isso é chamado de eficácia como “conformidade”). Uma regra geral (N) é eficaz se e somente se a subclasse de assuntos normativos relevantes não infringe (N) na maioria dos casos (NAVARRO, 1990, p. 23). Em outras palavras, a eficácia é compatível com o não cumprimento esporádico (não cumprimento) da norma (NAVARRO, 1990, p. 23).
- b. Efetividade das políticas públicas: Em termos gerais (há exceções), uma política pública será efetiva quando o conglomerado de comportamentos sobre o qual a política é construída (ou seja, as ações que os regulamentos obrigam, proíbem ou autorizam) (C1, C2, C3, etc.) é realizada pelos sujeitos e leva aos resultados sociais ou econômicos imediatos e / ou mediatos que se esperam com a sua sanção (R1).<sup>10</sup>

Portanto, com referência à obra de Carolina Fernandez Blanco (2021, p. 7), para a análise das relações entre a eficácia das normas e a efetividade das políticas públicas, as relações possíveis serão divididas em duas seções que também coincidem com uma existência temporal sucessiva: na primeira seção, a da eficácia, o(s) estão localizadas as regras (N1, N2, N3) que prescreve condutas (C1, C2, C3) e conformidade (ou não conformidade) pelos sujeitos normativos desses comportamentos. Na segunda seção, em que será avaliada a efetividade, localiza-se a relação entre o cumprimento do comportamento (C1) e o alcance do objetivo social ou resultado almejado pela política pública (R1).

Além disso, o presente artigo também se apoiará na tentativa de uma análise de custo-benefício tendo em vista a proposta de Sustain (2014, p. 64) de explorar como certos problemas são tratados, em um esforço para lançar luz sobre o mundo real da análise de custo-benefício e se afastar do conceito de que as decisões centrais de políticas públicas devam ser tomadas com base em procedimentos operacionais padrão. A partir da crítica de Sustain (2014, p. 64) de que os *bias* para manter o *status quo* são bem conhecidos na economia comportamental e inquestionavelmente parte integrante da prática do governo na elaboração de políticas públicas, o presente artigo se propõe a analisar a política de Leniência da Comissão Europeia e do Brasil. De tal forma, a proposta do artigo é garantir o escrutínio interno e externo dessa política e contribuir para que ela se mantenha vinculativa apenas se suas bases forem efetivamente confirmadas.<sup>11</sup>

10 Tradução livre para português de: FERNÁNDEZ BLANCO (2021).

11 “(...) explore how certain highly stylized problems are likely to be handled, in an effort to cast light on the real world of cost-benefit analysis. Inside the federal government, the central decisions are made by reference to authoritative documents and to standard operating procedures under the shadow of those documents—a kind of common law for cost-benefit analysis. (...) To be sure, this constraint can cause real problems, because it might ensure that decisions that are imperfect, or worse, remain entrenched for significant periods. A form of status quo bias—well known within behavioral economics—is unquestionably part and parcel of government practice. But the constraint is also an important safeguard. By ensuring both internal and external scrutiny of new initiatives, it increases the likelihood that they will become binding only if their foundations are genuinely secure.” (SUSTAIN, 2014, p. 64).



Finalmente, com base na obra de Sampaio (2014, p. 92, 93), o presente artigo busca identificar os impactos do Programa de Leniência nos: (i) *grupos-alvo*<sup>12</sup> para identificar de que forma o legislador ou a Administração consideram que medidas os grupos-alvo modificarão a sua conduta e, portanto, o problema coletivo que foi o motivo da execução da política poderá resolver-se ou melhorar, (ii) *destinatários finais*<sup>13</sup>, que englobam as pessoas físicas ou jurídicas que são diretamente afetadas pelo problema coletivo e por seus efeitos negativos, cuja situação econômica, social, etc. pode ser melhorada a partir da execução da política pública, e (iii) *grupos-terceiros*<sup>14</sup>, as pessoas físicas ou jurídicas que podem, sem que a política pública lhes esteja diretamente destinada, ter sua situação individual modificada, positiva ou negativamente, de forma mais ou menos permanente.

## 6. A ADOÇÃO DE PROGRAMAS DE LENIÊNCIA - BENEFÍCIOS

### 6.1. Comissão Europeia

Entre maio de 2004 e maio de 2014, a Comissão Europeia julgou 52 casos de cartel e há pedidos de Leniência em 94% desses casos. A porcentagem de decisões de cartel em que foi concedida imunidade total ao requerente de Leniência aumentou, conforme os números abaixo:

- 10% (1 em 10) no período 1996-2000;
- 61% (20 de 33) no período de 2001 a 2005;
- 81% (25 de 31) no período de 2006 a 2010; e
- 91% (21 de 23) no período de 2011 a 2015, sendo que penas duas decisões baseadas em investigações *ex officio*.

Historicamente, a Comissão Europeia depende fortemente deste mecanismo de detecção de cartéis e o aumento no número de acordos celebrados – e, concomitantemente, no valor das multas

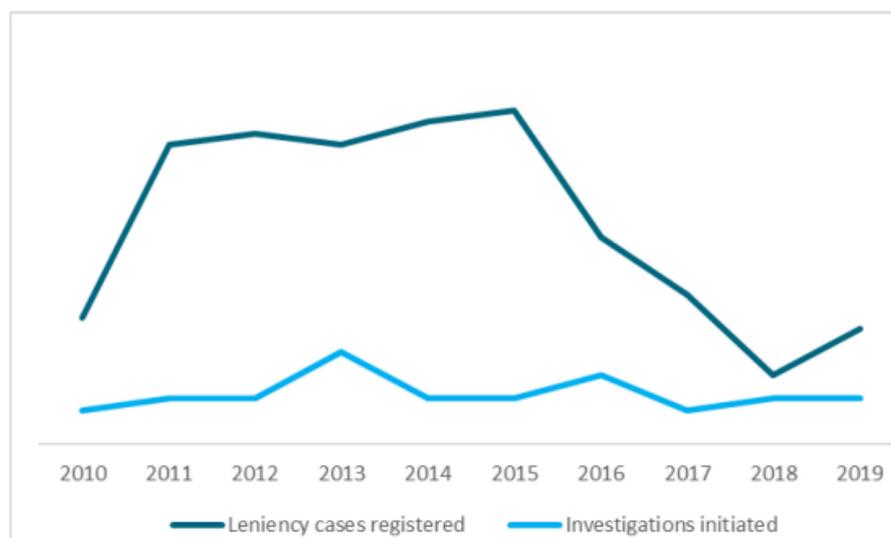
12 “Em primeiro lugar, temos os grupos-alvo que «são compostos por pessoas (físicas ou jurídicas) e organizações que agrupar tais pessoas, cuja conduta se considera politicamente como a causa directa (ou indirecta) do problema colectivo que a política pública intenta resolver». Em consequência, as suas decisões e acções /, «são, ou podem ser, o destino final de uma intervenção concreta por parte dos poderes públicos». A política pública respectiva «impõe-lhes obrigações ou confere-lhes direitos (por exemplo, licença para construir, limites de velocidade, etc.)». O legislador e/ou a Administração consideram que «através de tais medidas os grupos-alvo modificarão a sua conduta e, portanto, o problema colectivo que foi o motivo da execução da política poderá resolver-se ou melhorar».” (SAMPAIO, 2014, p. 92).

13 “Em segundo lugar, os destinatários finais englobam as pessoas (físicas ou jurídicas) e as organizações ou entidades que as compõem, que são afectadas directamente pelo problema colectivo, sofrendo os seus efeitos negativos. Estes actores esperam que da execução da política pública resulte uma (eventual) melhoria da sua condição económica, social, profissional, ambiental, etc. Logo, os destinatários finais são aqueles actores que podem beneficiar, mais ou menos e de acordo com os objectivos traçados, com a modificação da conduta dos grupos-alvo. Os indivíduos que compõem este grupo são normalmente mais numerosos e difíceis de mobilizar e organizar que os grupos-alvo, visto as consequências positivas que poderão derivar da política advirem apenas no futuro, e os seus potenciais. Se estão em causa políticas públicas, isto não implica um total afastamento de actores privados. Com efeito, estes actores também participam na constituição e estruturação do espaço das políticas públicas, ainda que sobre eles não possa recair um controlo governamental directo.” (SAMPAIO, 2014, p. 92).

14 “Por fim, os grupos terceiros abrangem o conjunto de pessoas (físicas ou jurídicas) e as organizações que representam os interesses dessas pessoas, que podem, sem que a política pública lhes esteja directamente destinada, ver a sua situação individual modificada, positiva ou negativamente, de forma mais ou menos permanente. Quando a modificação é positiva, as pessoas apresentam-se como beneficiários, muitas vezes involuntários, da execução da política pública; quando é negativa, são afectados. Estes dois subtipos de actores tenderão seja a apoiar ou a opor-se a política pública que modifique a sua situação, o que pode levá-los a formar coligações com os beneficiários finais (no caso dos beneficiários) ou com os grupos-alvo (no caso dos afectados). Não obstante tudo o que se afirmou, nem sempre é fácil definir as distintas categorias de actores. A definição acaba por depender muito da perspectiva que utilizemos.” (SAMPAIO, 2014, p. 93).

aplicadas – após a reforma promovida no programa de Leniência em 2006 (EUROPEAN COURT OF AUDITORS, 2020). Desde 2015, o número anual de casos de Leniência comunicados à Comissão diminuiu significativamente, mas o programa continua sendo o principal instrumento para investigação e aplicação de multa em casos de cartel. A redução observada para a política da Comissão Europeia se aplica também em nível mundial, conforme o relatório OECD Competition Trends de 2022 (OECD, 2022).

**Figure 4 – Evolution of leniency cases 2010-2019**



Fonte: European Court of Auditors (2020, p. 19).

Sem deixar de considerar esse recente declínio do número de acordos de leniência celebrados em nível mundial, há indícios de que a Política de Leniência da Comissão Europeia é eficaz em relação à conduta dos *grupos-alvo*, ainda que os dados acima não possam atestar a *efetividade* dessa política, que será discutida a frente. Além disso, a *eficácia* dessa política já é um elemento central para a análise de custo-benefício a ser empreendida, de forma a eventualmente moldar aspectos da política para atingir a efetividade desejada.

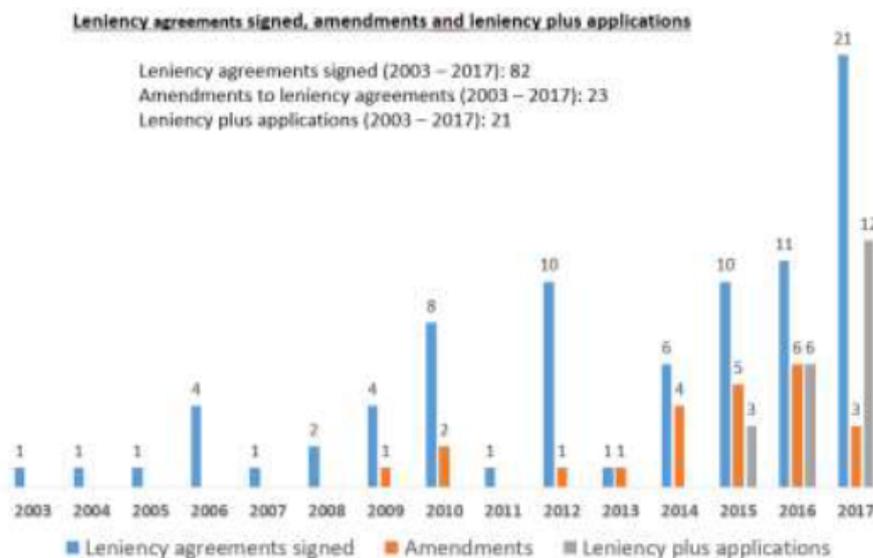
Passando a uma análise de custo-benefício, há evidências que sugerem que, entre uma série de características da política de concorrência, a aplicação eficaz de combate a cartéis é de longe o determinante mais importante do crescimento positivo da produtividade (BUCCIROSSI; CIARI; DUSO; SPAGNOLO; VITALE, 2013, p. 1324). Para as autoridades de concorrência em todo o mundo, as políticas de Leniência tornaram-se o principal instrumento de aplicação da lei da concorrência contra cartéis “*hard core*”. Otimizar o projeto e a administração de programas de Leniência é, portanto, um objetivo fundamental para as autoridades de concorrência e a sociedade em geral (seja para os *destinatários-finais* ou para os *grupos-terceiros*).

## 6.2. Brasil

Desde o início do Programa de Leniência no Brasil, em 2000, até o ano de 2017, 82 acordos já haviam sido firmados com o Cade. Destes, 64% estavam relacionados a cartéis nacionais, 18% referentes a cartéis internacionais com dinâmicas globais, e 18% referentes a cartéis com efeitos nacionais e internacionais (OECD, 2018, p. 2).



A Leniência antitruste no Brasil vem crescendo exponencialmente desde sua adoção. No ano de 2016, houve um aumento de 510% nos pedidos de *marker* em comparação com o ano anterior. Somente naquele ano, foram assinados 11 novos Acordos de Leniência e 6 Acordos de Leniência plus, em sua maioria relacionados à Operação Lava-Jato. O recorde foi rapidamente superado em 2017, ano em que o Cade celebrou 21 novos Acordos de Leniência em um único ano (OECD, 2019a, p. 60).



Fonte: OECD (2019a, p. 60)

Com relação ao valor das multas aplicadas em casos de cartel a partir da celebração de acordos com o Cade, o Peer Review da OCDE (2019a, p. 49) indica que, em 2017, o valor total arrecadado foi de R\$ 844.285.543 (oitocentos e quarenta e quatro milhões, duzentos e oitenta e cinco mil, quinhentos e quarenta e três reais).

Assim como relatado quando da análise da Política de Leniência da Comissão Europeia, notam-se indícios de que o Programa de Leniência antitruste brasileiro é eficaz em relação à conduta dos *grupos-alvo*. Não sendo diferente do que ocorre na Europa, a política de Leniência do Brasil oferece à autoridade um custo-benefício que rapidamente a tornou o principal instrumento de aplicação da lei da concorrência no combate aos cartéis, sendo de interesse do Cade que os programas de Leniência funcionem da melhor maneira possível, dado seu papel fundamental para a defesa da concorrência.

## 7. A ADOÇÃO DE PROGRAMAS DE LENIÊNCIA - POTENCIAL AUSÊNCIA DE EFETIVIDADE DISSUASÓRIA

Conforme explorado em *paper* da OCDE de autoria de Marvão (2018, p. 2), ainda que haja evidências teóricas do forte potencial de programas de Leniência bem elaborados e administrados para contribuir com o bem-estar social, há sério risco de que programas de Leniência mal implementados possam ter o efeito oposto. Um programa de Leniência excessivamente generoso oferecendo reduções de multas a várias firmas pode fazer uma autoridade de concorrência parecer muito bem-sucedida em termos de número de firmas condenadas (ou eficácia em relação aos *grupos-alvo*), enquanto reduz o bem-estar social ao diminuir a dissuasão de cartéis e aumentar a

quantidade de custos de acusação, porque há mais cartéis processados. Ou seja, haveria assim uma ausência de *efetividade* da política pública para os *destinatários* finais.

Neste sentido, ainda que sejam um bom parâmetro de eficácia em relação aos grupos-alvo, os dados sobre o número de acordos firmados, de cartéis descobertos e de multas aplicadas não representam, por si, indicadores confiáveis da efetividade do instituto da Leniência no combate aos cartéis. Além disso, esses dados não representam, por si, indicadores confiáveis da efetividade em relação ao repasse de benefícios aos destinatários finais, prejudicados diretamente pelos cartéis (como consumidores de um produto com sobrepreço), ou para os *grupos-terceiros*, que podem aproveitar de um benefício geral de aumento de produtividade e concorrência na economia.

Para uma devida análise de custo-benefício, este artigo faz referência a uma avaliação empírica dos programas de Leniência implementados para entender se eles estão sendo administrados de uma forma que possa aumentar o bem-estar social - isto é, reduzindo a formação de cartéis (MARVÃO, 2018, p. 2). Infelizmente, conforme destacado no referido *paper* da OCDE, existem apenas alguns estudos que testam empiricamente a eficácia dos programas de Leniência como ferramentas para aprimorar a detecção, a acusação e a dissuasão da conduta de cartéis. Como resultado, várias perguntas permanecem sem resposta (MARVÃO, 2018, p. 2).

O mencionado *paper* propõe ainda três questões para essa análise: (i) se os programas de Leniência, como implementados atualmente, podem impedir a formação de cartéis, com destaque para o fato de que avaliar os efeitos de dissuasão dos programas de Leniência é um desafio, pois os cartéis não são facilmente observáveis na sociedade, a menos que sejam condenados; (ii) uma segunda questão importante é se os membros do cartel podem usar programas de Leniência em seu próprio benefício; e (iii) em terceiro lugar, é importante compreender a relação entre a aplicação da lei antitruste privada (*private enforcement*) e pública.

## 7.1. União Europeia

Se a resposta a estas perguntas, na União Europeia, for: não há sinais claros de dissuasão; as empresas podem ser capazes de “jogar o jogo da Leniência”; e a atual legislação sobre danos privado torna a Leniência altamente atraente, mas as ações de danos privados muito difíceis, então, o *paper* da OCDE propõe que esses elementos poderiam indicar a necessidade de se considerar algumas medidas alternativas ou complementares, de forma a eventualmente moldar aspectos da política para atingir a efetividade desejada.

Em relação à primeira questão, de se os programas de Leniência, conforme implementados atualmente, podem impedir a formação de cartéis, o *paper* aponta que embora não se possa observar se a Leniência está aumentando a dissuasão, percebe-se claramente que há uma tendência de aumento na proporção de membros do cartel que recebem algum grau de redução da Leniência (MARVÃO, 2018, p. 3). Nos cartéis da União Europeia em que foram aplicadas multas entre 1998 e outubro de 2014, as reduções de Leniência foram concedidas a 52% de todos os membros do cartel condenados (MARVÃO, 2018, p. 9).

A proporção de membros do cartel que recebem uma redução de Leniência varia de médias de 14% em 1999, até 82% em 2013. Além disso, o valor da redução de Leniência concedida varia entre médias de 23% em 1998, até 61% em 2012. Esse fenômeno da “inflação da Leniência”, que é um índice



de eficácia da política pública, parece ser uma tentativa de resolver um problema - baixa dissuasão de cartéis e muitos casos de cartel para serem processados pelas autoridades de concorrência - que pode estar sendo agravado, em vez de resolvido, pelo uso excessivo da Leniência. Haveria, assim, um indício de baixa efetividade da política.

Em uma análise de custo-benefício, há que se mencionar também em termos de custos os investimentos públicos que são feitos nos trabalhosos processos de investigação de cartel e à redução das multas aplicadas, criando o efeito de distorção das multas não dissuasivas.

Sobre a segunda questão, de se as empresas membras do cartel podem usar os programas de Leniência em seu próprio benefício, das 510 empresas membras do cartel da amostra, no contexto de 117 cartéis havia 89 infratores múltiplos (uma empresa sancionada por conluio mais de uma vez),<sup>15</sup> e algumas evidências de que as empresas podem aprender a jogar o jogo da Leniência na União Europeia, seja aprendendo a trapacear ou a denunciar, já que as reduções concedidas a infratores reincidentes (e múltiplos) são substancialmente maiores.

A interação entre todos os infratores múltiplos (descobertos) da União Europeia, que frequentemente entram em conluio com alguns de seus parceiros anteriores do cartel, em diferentes mercados sugere que as empresas podem usar a Leniência para sustentar o conluio multimercado e coordenar os pedidos de Leniência.

O *paper* destaca ainda duas notas menos negativas, no sentido de que por desenvolvimento de política interna da empresa é mais provável que infratores reincidentes sejam os solicitantes da imunidade, considerando as atividades de *compliance*<sup>16</sup> e outras, de modo que alguns desses casos podem vir do desejo da empresa de erradicar e/ou prevenir comportamento conluio, relatando vários cartéis e cooperando com as investigações.

Uma segunda nota digna de destaque é a localização geográfica das empresas infratoras e o fato de que a cultura local pode determinar a participação no cartel em alguns casos. No Japão, grandes grupos empresariais (conhecidos como *keiretsu*) tradicionalmente se organizavam como cartéis de empresas com interesses entrelaçados e com apoio governamental, sendo que 22% dos vários infratores na UE são empresas japonesas.

Finalmente, em relação à interlocução entre a fiscalização antitruste privada (*private enforcement*) e pública, a Diretiva da União Europeia de 2014 (DIRETIVA, 2014) sobre ações por danos por um lado, limita a responsabilidade do destinatário da imunidade (o primeiro requerente de Leniência) e, por outro, limita as informações que estão disponíveis para os requerentes de reparação de danos ao restringir o acesso aos pedidos de programa de Leniência. Os dois elementos (menor responsabilidade do destinatário da imunidade e restrição da informação disponível) têm efeitos na dissuasão e na capacidade por via legal das vítimas de serem totalmente indenizadas.

Como resultado, a decisão final sobre reparação de danos pode ser insuficiente em termos de informações, tornando a Leniência e os acordos altamente atraentes, mas as ações privadas de reparação de danos muito difíceis.

<sup>15</sup> Veja, neste sentido, o Appendix (p. 9) de MARVÃO (2018).

<sup>16</sup> Sobre as relações entre compliance antitruste e programas de Leniência, dissertam Athayde e Frazão: "Para alguns, a descoberta de um ilícito leva a busca pela negociação de um acordo de leniência e, em seguida, conduz à instituição de um programa de compliance empresarial. Por outros, o programa de compliance existente é que levaria à descoberta das infrações e, conseqüentemente, a um acordo de leniência. Trata-se portanto de uma discussão sobre causa e consequência. A leniência é causa ou consequência de um programa de compliance?" (ATHAYDE; FRAZÃO, 2018, p. 297).

## 7.2. Brasil

A geração de efeitos contraproducentes e ambíguos a partir do mecanismo da Leniência também é alvo de debates na literatura nacional (VASCONCELOS; RAMOS, 2007, p. 20). Quando considerado o Programa de Leniência antitruste brasileiro, nota-se que vários dos desafios para a efetividade dissuasória são semelhantes aos desafios enfrentados pelo programa europeu.

O presente artigo, contudo, não identificou dados empíricos ou análises qualitativas que categoricamente tenham dissecado os efeitos dissuasórios do Programa de Leniência do Cade como os trabalhos elaborados por Marvão (2018) para a OCDE e em outras oportunidades.

O primeiro apontamento do presente artigo se dá, portanto, no sentido de destacar a conveniência de que o Cade, por meio do Departamento de Estudos Econômicos, a quem incumbe “[...] *elaborar estudos e pareceres econômicos [...] zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão*”<sup>17</sup> ou por qualquer outro meio desenvolva material técnico sobre os efeitos dissuasórios de seu Programa de Leniência. Da mesma forma, estudos acadêmicos ou procedimentos de *peer review* (como os da OCDE) podem ter esse tema como importante pesquisa para análise do efeito da Leniência no Brasil.

Ainda que não necessariamente relacionado à análise dos efeitos de desincentivo a condutas colusivas do Programa de Leniência do Cade em relação à formação de cartéis no Brasil, o presente artigo buscará traçar outros apontamentos em relação a esse programa.

Como já mencionado em relação ao programa da Comissão Europeia, é possível mencionar, inicialmente, que ao permitir o pagamento reduzidos das multas, o Acordo de Leniência pode gerar um incentivo perverso aos agentes econômicos, que podem explorar formas de se beneficiar dos seus efeitos. Motta e Polo concluem que, ao reduzir a expectativa das multas, os programas de Leniência podem induzir a um comportamento pró-cartel (MOTTA; POLO, 2003, p. 349).

Além disso, a legislação brasileira não afasta a possibilidade de que a empresa signatária da Leniência seja responsabilizada na esfera civil pelos danos gerados aos consumidores: uma empresa que tenha comprovadamente participado de um cartel pode ser alvo de processos por parte de diversos agentes civis, como indivíduos, municípios, governo, entre outros (PINHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2016, p. 147). Assim, a publicidade do Acordo de Leniência possui um papel fundamental para o *private enforcement*.

A Resolução Cade de nº 21, de 11 de setembro de 2018, disciplina os procedimentos de articulação entre persecução pública e privada às infrações contra a ordem econômica no Brasil e regulamenta os procedimentos de acesso aos documentos e às informações constantes dos Processos Administrativos para Imposição de Sanções Administrativas por Infrações à Ordem Econômica, inclusive os oriundos de Acordo de Leniência, de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) e de ações judiciais de busca e apreensão, além de fomentar as Ações Civis de Reparação por Danos Concorrenciais (ACRDC). A resolução determina, em seu artigo 1º, que são públicos os documentos e informações constantes dos Processos Administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, inclusive os oriundos de Acordo de Leniência,

17 Lei nº 12.529/2011: “Art. 17. O Cade terá um Departamento de Estudos Econômicos, dirigido por um Economista-Chefe, a quem incumbirá elaborar estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão.” (BRASIL, 2011).



Termos de Compromisso de Cessação de Conduta (TCC) e de ações judiciais de busca e apreensão.

A exceção à regra de publicidade é regulada logo em seguida, pelo artigo 2º, que apresenta o rol de documentos que não serão divulgados publicamente mesmo após a decisão final pelo Plenário do Tribunal do Cade. Dentre os documentos que não estão sujeitos à publicidade, destaca-se o Histórico da Conduta do Acordo de Leniência e os documentos que embasam as declarações dadas pelo signatário do acordo. No artigo 3º, por sua vez, é disposto que mesmo os documentos que não estão sujeitos à regra da publicidade poderão ter seu acesso liberado excepcionalmente se houver (i) expressa determinação legal; (ii) decisão judicial específica; (iii) autorização do signatário do Acordo de Leniência ou do compromissário do TCC, com a anuência do Cade, desde que não haja prejuízo à investigação; ou (iv) cooperação jurídica internacional<sup>18</sup>, prevista nos artigos 26 e 27 do Código de Processo Civil, mediante autorização do Cade e autorização do signatário do Acordo de Leniência ou do compromissário do TCC, desde que não haja prejuízo à investigação.

Dessa forma, conforme apontado na publicação da OCDE sobre cartéis em licitações no Brasil (OECD, 2021, p. 103), há “[...] *uma preocupação de que o aumento da exposição de potenciais candidatos à Leniência à responsabilidade civil reduziria os incentivos para se apresentar e apresentar pedido de Leniência*”. Assim, havendo divulgação de documentos sensíveis produzidos em sede de Acordos de Leniência, o signatário estará mais vulnerável a pedidos de reparação de danos concorrenciais do que os integrantes do cartel que não firmaram Acordo de Leniência com a autoridade, o que desestimularia a assinatura de acordos por expor a empresa signatária e sua atividade criminal.

A própria OECD (2021, p. 103) entende que o “[...] *Brasil deve considerar a adoção de uma regra com status de lei que aumente a segurança jurídica sobre a proteção das declarações e documentos provenientes de leniência e documentos sujeitos às regras de transparência do art. 5º, inciso LX, da Constituição*”, a exemplo da abordagem que estabelece a Diretiva da União Europeia de 2014 (DIRETIVA, 2014) sobre a divulgação de documentos oriundos de Acordos de Leniência para pedidos de reparação de danos.

Na Europa, segundo Barbosa e Gutinieki (2021, p. 185), consolidou-se a necessidade de concessão de acesso à documentação de processos relativos às infrações concorrenciais, desde que atendidos o princípio da proporcionalidade, o sigilo profissional e a garantia prévia do contraditório. Para viabilização do acesso aos documentos sigilosos na Europa, as autoridades diferenciam elementos de prova que podem ou não ser disponibilizados após a decisão administrativa: a doutrina faz a distinção entre elementos de prova “cinzentos”, que podem ser eventualmente divulgados apenas após a decisão administrativa do processo na Comissão Europeia, e elementos de prova “negros”, aos quais os terceiros interessados na propositura de ação de reparação por danos concorrenciais não podem ter acesso em momento algum, nem mesmo após o encerramento da fase administrativa (ROSSI; FERRO, 2015, p. 183). Sobre o tema, Barbosa e Gutinieki (2021, p. 185) concluem que a baliza para a divulgação de documentos oriundos da Leniência, tanto no Brasil quanto na Europa, deve ser, portanto, o princípio da efetividade, buscando evitar que haja impedimento ou excessiva dificuldade para a reparação dos danos sofridos pelos lesados, em face da infração concorrencial. É o que versa o Artigo 4º da Diretiva europeia:

*Artigo 4º. Princípios da efetividade e da equivalência. Em conformidade com*

---

18 A cooperação jurídica internacional é prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro nos artigos 26 e 27 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

*o princípio da efetividade, os Estados-Membros asseguram que todas as regras e os processos nacionais respeitantes à apresentação dos pedidos de indemnização sejam concebidos e aplicados de modo a não tornar praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício do direito, garantido pelo direito da União, à reparação integral dos danos causados por infração ao direito da concorrência [...] (DIRETIVA, 2014).*

Por fim, cabe destacar a necessidade de aprimoramento do padrão probatório utilizado pela autoridade para celebração de Acordos de Leniência e condenação de indivíduos e empresas a partir das declarações dos beneficiários. O próprio Cade reconheceu, em seu novo “Guia de Recomendações Probatórias para Proposta de Acordo de Leniência com o Cade”, que há uma necessidade de se buscar aumentar o grau de certeza de seus juízos preditivos quando avalia as possibilidades de condenação em um caso objeto de proposta de Acordo de Leniência, sendo que uma forma de alcançar este objetivo seria fazer mais explícitos os critérios probatórios que permeiam as instaurações de processos e condenações pelo Tribunal (BRASIL, 2021, p. 7).

Ainda, o tema do padrão probatório para Acordos de Leniência já foi alvo de debate entre os conselheiros do Cade em sessões ordinárias de julgamento. Na 174ª sessão ordinária de julgamento, ocorrida em 31 de março de 2021, o Inquérito Administrativo n.º 08700.003246/2017-12 foi levado ao plenário. A investigação foi instaurada *ex officio* pelo Cade contra empresa não divulgada e estava sob relatoria do conselheiro Sérgio Ravagnani. Nesse caso, a Superintendência Geral do Cade recomendou o arquivamento das investigações, em decorrência da ausência de provas para instauração de processo. Ou seja, mesmo com a delação das infrações por parte da empresa signatária, não foi possível obter um conjunto probatório robusto o suficiente sequer para justificar uma instauração de processo administrativo para apurar a suposta infração.

Conforme indicado pelo representante da procuradoria especializada junto ao Cade (ProCade), que pediu a palavra durante a sessão de julgamento, a Leniência representa uma obrigação de meio assumido pelo signatário na busca pelo resultado útil do processo — não se trata de um compromisso com a condenação, mas um compromisso com a demonstração fática do que ocorreu. E, no caso em tela, os documentos juntados pela signatária não respaldam o conteúdo das acusações.

O apontamento acima evidencia a necessidade de utilização adequada da Leniência, valorizando a robustez de um conjunto probatório que sustente as declarações dos beneficiários. Em caso contrário, pode haver um efeito de insegurança jurídica e ameaçar a credibilidade do Programa de Leniência antitruste brasileiro conquistada ao longo de mais de 20 anos.

Todos esses desafios demonstram que, apesar de já consolidado como principal instrumento de combate a cartéis no Brasil, o Programa de Leniência ainda tem margem para melhorias, especialmente para aumentar sua efetividade dissuasória perante os agentes econômicos.

## 8. CONCLUSÃO

Para contribuir para uma análise de custo-benefício, o artigo sugere elementos de que a aplicação eficaz de combate a cartéis é o determinante mais importante do crescimento da produtividade e de que as políticas de Leniência tornaram-se o principal instrumento de aplicação da lei da concorrência contra cartéis “*hard core*”, conforme dados da União Europeia e do Brasil.



Neste contexto, o artigo indica que a otimização de programas de Leniência é fundamental para que a política pública seja efetiva em relação ao seu propósito, em benefício da sociedade em geral (seja para os *destinatários-finais* ou para os *grupos-terceiros*).

Apesar das dúvidas sobre a conformação ótima dos regimes de Leniência, fato é que eles constituem um instrumento essencial de aplicação ou cumprimento da lei, havendo autores que concluem por isso que a Leniência está associada necessariamente a ganhos líquidos de bem-estar, uma vez que a sociedade – consumidores e empresas – se beneficia, em geral, com a existência de menos cartéis (FREIRE, 2015, p. 202).

O artigo propôs alguns elementos para essa análise de custo-benefício, com base em dados empíricos e qualitativos disponíveis. Os dados indicados neste artigo sobre os *grupos-alvo* em relação ao número de acordos firmados, de cartéis identificados e de multas aplicadas<sup>19</sup> revela o nível de *eficácia* da política de Leniência em relação ao *grupos-alvo*, mas não são por si indicativos evidentes da efetividade do instituto da Leniência no combate aos cartéis e no repasse de benefícios aos *destinatários finais*, prejudicados diretamente pelos cartéis (como consumidores de um produto com sobrepreço), ou para os *grupos-terceiros*, que podem se beneficiar de aumento de produtividade e concorrência na economia.

O *paper* da OCDE (MARVÃO, 2018) evidencia ainda que os cartéis continuam a se formar, com repetições pelas mesmas empresas e estas as empresas parecem ser capazes de tirar proveito do Programa de Leniência da União Europeia, o que reduz a existência de sinais claros de dissuasão e efetividade.

Com relação ao Brasil, o presente artigo não identificou dados empíricos ou análises qualitativas sobre os efeitos dissuasórios do Programa de Leniência do Cade e destacou a conveniência de desenvolvimento material técnico sobre os efeitos dissuasórios desse instituto. Ainda que não necessariamente relacionado à análise dos efeitos dissuasórios do Programa de Leniência do Cade em relação à formação de cartéis no Brasil, o presente artigo buscou traçar outros apontamentos críticos em relação a esse programa. Neste sentido, o artigo destacou alguns elementos para a análise de custo-benefício e de efetividade do Programa de Leniência, apontando a elevada *eficácia* da política, sem descartar, no entanto, os desafios que ainda precisam ser enfrentados pela autoridade nacional para aprimorar ainda mais sua principal ferramenta de combate a cartéis.

Os Programas de Leniência antitruste da Comissão Europeia e do Cade têm potencial para serem mecanismos de dissuasão ainda mais poderosos, mas isso exigirá enfrentar os desafios discutidos para cada uma das jurisdições. Um programa de Leniência excessivamente generoso pode fazer uma autoridade de concorrência parecer eficaz em relação aos *grupos-alvo*, enquanto reduz ou inaltera a *efetividade* da política pública para os *destinatários finais*, sendo necessário destacar que a Leniência deve coexistir com sanções elevadas a fim de aumentar o risco da colusão, gerando incentivos à denúncia.

---

19 Para informações completas sobre o valor de multas aplicadas em acordos com o Cade e em condenações, ver p. 49 do OECD (2019).

## 9. BIBLIOGRAFIA

ATHAYDE, Amanda.; FRAZÃO, Ana. Leniência, Compliance e o Paradoxo do Ovo ou da Galinha: do compliance como instrumento de autorregulação empresarial. *In: Compliance: Perspectivas e Desafios para os Programas de Conformidade*. CUÊVA, Ricardo Vilasboas; FRAZÃO, Ana (org.). Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARBOSA, Allan Fuezi; GUTINIEKI, João Otávio Bacchi. Acesso a documentos de acordos de leniência antitruste para fins de private enforcement no Brasil e na União Europeia. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 173-190, jun. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Recomendações probatórias para propostas de acordo de leniência com o Cade**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3UCWrjr>. Acesso em: 17 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n.º 08012.001826/2003-10**. Brasília, 4 out. 2007.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1994.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015.

Buccirosi, Paolo; Ciari, Lorenzo; Duso, Tomaso; Spagnolo, Giancarlo; Vitale, Cristiana. Competition policy and productivity growth: An empirical assessment. **Review of Economics and Statistics, Cambridge**, v. 95, n. 4, 2013.

Coelho, Gustavo Flausino; Mafra, Ricardo. O acordo de leniência na nova lei de defesa da concorrência. **Revista do IBRAC**, São Paulo, ano 3, n. 1, p. 6-9, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3Gl2oxa>. Acesso em: 17 fev. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. **Compreender as políticas da União Europeia: Concorrência**. Bruxelas: Comissão Europeia, 2016.

COMISSÃO EUROPEIA. **Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que visa atribuir às autoridades da concorrência dos Estados-Membros competências para aplicarem a lei de forma mais eficaz e garantir o bom funcionamento do mercado interno**. Bruxelas: Comissão Europeia, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3EFhCf9>. Acesso em: 17 fev. 2022.

COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis. **Jornal Oficial da União Europeia**, Bruxelas, C 298, 2006. Disponível em: <https://bit.ly/3OfXrro>. Acesso em: 17 fev. 2022.

DIRETIVA 2014/104/UE DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO de 26 de novembro de 2014 relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia. **Jornal Oficial da União Europeia**, Bruxelas, L 349, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3OfXrro>.



ly/3tAzmSH. Acesso em: 17 fev. 2022

EUROPEAN COURT OF AUDITORS. **The Commission's EU merger control and antitrust proceedings: a need to scale up market oversight.** Luxemburgo: European Court of Auditors, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3hOXILk>. Acesso em: 17 fev. 2022.

Fernández Blanco, Carolina. Una mirada jurídica sobre la efectividad de las políticas públicas. **Diritto & Questioni Pubbliche**, Palermo, v. 21, n. 2, 2021.

Freire, Paula Vaz. Análise Económica dos Programas de Clemência no Direito da Concorrência. **Revista Jurídica Luso-brasileira**, Lisboa, ano 1, n. 1, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3OdGzBr>. Acesso em: 17 fev. 2022

Forgioni, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Harrington, Joseph E.; Chang, Myong-Hun. Modeling the Birth and Death of Cartels with An Application to Evaluating Competition Policy. **Journal of European Economic Association**, v. 7, n. 6, p. 1400-1435, 2009.

LORENZ, Moritz. **An Introduction to EU Competition Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

Marvão, Catarina. **Challenges and co-ordination of leniency programmes: Leniency Inflation, Strategic use of leniency and Private damage claims.** Paris: OECD, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3An8WHG>. Acesso em: 17 fev. 2022.

Motta, Massimo; Polo, Michele. Leniency Programs and Cartel Prosecution, **International Journal of Industrial Organization**, fev. 2001. Disponível em: <https://bit.ly/3tDryiU>. Acesso em: 17 fev. 2022

Navarro, Pablo Eugenio. **La eficacia del Derecho**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1990.

ORGANISATION FOR ECONOMIC AND CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Combate a cartéis em licitações no Brasil: Uma revisão das Compras Públicas Federais.** Paris: OECD, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3UOb4ka>. Acesso em: 17 fev. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC AND CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **OECD Competition Trends 2022.** Paris: OECD, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3rV0U4u>. Acesso em: 17 fev. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC AND CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil.** Paris: OECD, 2019a. Disponível em: <https://bit.ly/3rp7xfc>. Acesso em: 17 fev. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC AND CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Review of the Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels [OECD/LEGAL/0294].** Paris: OECD, 2019b. Disponível em: <https://bit.ly/3EFuyBR>. Acesso em: 17 fev. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC AND CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Roundtable on challenges and co-ordination of leniency programme: Note by Brazil.** Paris: OCED, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3tEjzCi>. Acesso em: 17 fev. 2022.

Pereira Filho, Venício Branquinho. Programa de leniência no direito concorrencial brasileiro: uma análise de seus escopos e desafios. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 3, n. 2, p. 87-113, 2015.

Pinha, Lucas Campio; Braga, Marcelo José; Oliveira, Glauco Avelino Sampaio. A efetividade dos programas de leniência e o contexto brasileiro. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 4, n. 1, p. 133-152, 2016.

Rodas, João Grandino. **Acordos de Leniência em direito concorrencial**: práticas e recomendações. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 96, n. 862.

ROSSI, Leonor; FERRO, Miguel Sousa. O “private enforcement” do direito da concorrência e o acesso a elementos de prova. **Revista de Concorrência e Regulação**, Lisboa, n. 2, p. 131-193, 2015.

SAMPAIO, Jorge Silva. **O controle jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

Spagnolo, Giancarlo. Leniency and Whistleblowers In Antitrust. *In*: Buccirosi, Paolo (ed.). **Handbook of Antitrust Economics**. Cambridge: MIT Press, 2008. p. 259-304.

Sustein, Cass. **Valuing Life**: Humanizing the Regulatory State. Chicago: The University of Chicago Press, 2014.

Vasconcelos, Silvinha Pinto; Ramos, Francisco de Sousa. **Análise da Efetividade do Programa de Leniência Brasileiro no Combate aos Cartéis**. 2007. Dissertação (Mestrado em Economia Aplicada) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3tBehYb>. Acesso em: 17 fev. 2022.

#### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

BARBOSA, Vitor Jardim Machado; BONO, Luisa Marcelino. Avaliação de Impacto de Política de defesa da concorrência: Programa de Leniência da Comissão Europeia (DG-COMP) e do Cade. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 117-136, 2022.



# 8

## A ARBITRAGEM NO CONTROLE DE ESTRUTURAS COMO MECANISMO DE REFORÇO AO MONITORAMENTO DO CADE: CABIMENTO E VINCULAÇÃO DA AUTARQUIA <sup>2</sup>

Arbitration in the merger control as a mechanism to reinforce CADE's monitoring: appropriateness and federal independent agency binding

Mariana Hofmann Fuckner<sup>3</sup>

Universidade Federal do Paraná (UFPR) - Paraná/PR, Brasil

### RESUMO ESTRUTURADO

**Contextualização:** Desde 2014, o Cade (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) tem se utilizado de procedimento denominado arbitragem como mecanismo de reforço ao monitoramento do cumprimento das condições assumidas pelas compromissárias em acordos em controle de concentração para a aprovação da operação.

**Objetivo:** O presente estudo busca analisar as características dos procedimentos arbitrais estabelecidos nos acordos em controle de concentração no âmbito do controle estrutural realizado pelo Cade, principalmente quanto à previsão de não vinculação da autarquia às decisões proferidas pelo árbitro.

**Método:** O trabalho parte da análise dos acordos em que a arbitragem foi inserida como método de reforço do monitoramento para questionar a viabilidade de se optar pela inserção do procedimento arbitral previsto pela Lei nº 9.307/96, confrontando o conteúdo desses acordos com o entendimento doutrinário acerca da matéria.

**Editor responsável:** Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braido, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

**ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

**Recebido em:** 25/05/2022

**Aceito em:** 12/06/2022

**Publicado em:** 14/12/2022

<sup>2</sup> Agradeço o Prof. Dr. Eduardo Talamini, que orientou a minha iniciação científica sobre o tema, desenvolvida na Universidade Federal do Paraná em 2019, a qual deu origem ao presente artigo. A toda evidência, as impropriedades ou incorreções encontradas neste escrito são de responsabilidade exclusiva da Autora.

<sup>3</sup> Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Societário Aplicado da UFPR (DSA-UFPR). Integrante da Comissão de Recuperação Judicial e Falência e da Comissão de Direito Cooperativo da OAB/PR. Associada do Instituto Prof. Assis Gonçalves de Direito Empresarial e Cooperativo. Advogada no Assis Gonçalves, Kloss Neto e Advogados Associados. Curitiba, Paraná. **E-mail:** [marianahf@agkn.com.br](mailto:marianahf@agkn.com.br); **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5091369146228042>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-7232-7614>.

**Conclusões:** Os resultados apontam que a decisão acerca do cumprimento das condições assumidas nos acordos deve ser tomada no exercício da atividade administrativa pelo Cade, com fulcro no poder de polícia concorrencial indelegável que lhe foi concedido por Lei. A existência de incompatibilidades entre o exercício da atividade administrativa e a natureza jurisdicional da arbitragem também contribui para a inadequação da previsão da arbitragem da Lei nº. 9.307/96 como mecanismo de reforço ao monitoramento exercido pelo Cade.

**Palavras-Chave:** Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Controle de estruturas. Acordo em controle de concentração. Fiscalização. Arbitragem.

## STRUCTURED ABSTRACT

**Context:** Since 2014, the Administrative Council for Economic Defense (CADE) has used a procedure called arbitration as a mechanism to reinforce the monitoring of compliance with the conditions assumed by the compromisers in concentration control agreements for the approval of the operation.

**Objective:** The paper aims to analyze the characteristics of the arbitration procedures established in the concentration control agreements within the scope of the merger control carried out by Administrative Council for Economic Defense (CADE), mainly regarding the provision of non-binding of the federal independent agency to the decisions rendered by the arbitrator.

**Method:** The study starts from the analysis of the agreements in which arbitration was inserted as a method of reinforce monitoring and questions the feasibility of opting for the insertion of the Federal Law n. 9.307/96 arbitration procedure, comparing the content of these agreements with the doctrinal understanding of the matter.

**Conclusions:** The results indicate that the decision on compliance with the conditions assumed in the agreements must be taken in the exercise of administrative activity by CADE, based on the non-delegable law enforcement. The existence of incompatibilities between the exercise of administrative activity and the jurisdictional nature of arbitration also contributes to the inadequacy of the arbitration provision as a mechanism to reinforce the monitoring exercised by CADE.

**KeyWords:** Administrative Council for Economic Defense (CADE). Merge control. Concentrations control agreements. Supervision. Arbitration.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O controle de estruturas; 3. O acordo em controle de concentração; 4. O monitoramento realizado pela autarquia; 5. A arbitragem como mecanismo de reforço ao monitoramento; 6. A experiência prática do Cade; 6.1. Caso ICL/Bromisa; 6.2. Caso ALL/Rumo; 6.3. Caso Dow/Dupont; 6.4. Caso Tam/Iberia/British Airways; 6.5. Caso Cetip/Bovespa; 6.6. Caso AT&T/Warner; 7. A previsão de arbitragem nos acordos em controle de concentração: exercício de poder decisório indelegável pelo Cade no âmbito de um processo administrativo; 7.1. A indelegabilidade do poder decisório pelo Cade; 7.2. A incompatibilidade entre a arbitragem da Lei nº. 9.307/96 e a atividade administrativa; 8. Conclusões; 9. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO



O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, na qualidade de autarquia competente para decidir sobre as operações de concentração enquadradas nos critérios previstos no art. 88 da Lei nº 12.529/11 (BRASIL, 2011), pode, em colaboração com as empresas interessadas, celebrar acordos em controle de concentração, por meio dos quais são estabelecidas condicionantes cujo cumprimento é essencial para a aprovação do ato de concentração.

Em razão das dificuldades atinentes ao monitoramento da efetivação das condições estabelecidas, o Cade encontrou na arbitragem um mecanismo de reforço à fiscalização da autarquia no que tange ao cumprimento (ou não) dos termos assumidos pelas compromissárias nos acordos em controle de concentração.

Num primeiro momento (de 2014 a 2017), os três acordos em controle de concentração que inauguraram a chamada arbitragem como mecanismo de fiscalização da efetivação dos compromissos previram um procedimento sem natureza de jurisdição, de caráter consultivo, como ato de apoio à decisão do Cade.

A partir do caso Cetip/Bovespa, aprovado em 2017, a arbitragem ganhou efetivamente os contornos da Lei nº. 9.307/96 (BRASIL, 1996), pois a decisão proferida pelo tribunal arbitral ou pelo árbitro passou a ser irrecorrível e vinculante às partes, ao mesmo tempo em que se adotou o modelo de arbitragem institucional. O cenário, então, passa a ser o de um procedimento de natureza jurisdicional no escopo do exercício da atividade administrativa do Cade.

Não obstante a alteração das características do procedimento chamado de arbitral, fora mantida a previsão, em todos os acordos analisados, de não vinculação da autarquia ao conteúdo da decisão arbitral.

Contudo, como se verá, a decisão acerca da atuação discriminatória das compromissárias em prejuízo de concorrentes, transferida para o tribunal arbitral por meio de cláusulas inseridas no acordo que prevê como remédio comportamental a vedação de práticas anticompetitivas, decorre do exercício da atividade administrativa que tem como origem o poder de polícia concorrencial atribuído, por Lei, ao Cade – que não pode delegá-lo.

Sendo esse o cenário, aliado às incompatibilidades procedimentais existentes entre arbitragem de natureza jurisdicional e a atividade administrativa, questiona-se se é cabível a previsão do procedimento arbitral no âmbito dos acordos em controle de concentração, especialmente com as características que lhe são conferidas pela Lei nº. 9.307/96 (BRASIL, 1996). Ao final, pretende-se demonstrar que, como é do Cade a competência para decisão sobre o cumprimento dos termos do acordo, não há que se falar em vinculação ou desvinculação da autarquia ao pronunciamento arbitral, mas sim de exercício do poder decisório pelo próprio CADE, a quem incumbe, de forma indelegável, a deliberação sobre o cumprimento ou não dos termos do acordo pelas empresas em concentração.

## **2. O CONTROLE DE ESTRUTURAS**

O controle de estruturas define-se como a atuação preventiva do Cade com a finalidade de proteger o mercado e os consumidores dos abusos que podem decorrer do ato de concentração realizado entre duas ou mais sociedades (HAJAR, 2018, p. 36).

A completa compreensão dos objetivos do controle de estruturas, por sua vez, exige que se dê um passo atrás para a análise do que a Lei nº. 12.529/11 entende como ato de concentração e quais as consequências que dele podem decorrer.

Define-se ato de concentração como “a operação por meio da qual dois ou mais agentes econômicos juntam seus patrimônios, podendo até unificar sua direção, com o intuito de racionalizar o emprego dos fatores de produção, reduzir custos e aumentar a produtividade” (VAZ, 2001, p. 303). A Lei nº. 12.529/11 optou por enumerar o que deve ser entendido como ato de concentração econômica no art. 90 (FORGIONI, 2016, p. 417).<sup>4</sup>

Nesse sentido, Forgioni (2016, p. 420) explica que as operações de concentração podem tender ao arrefecimento da concorrência entre os agentes econômicos, buscando atingir ou reforçar uma posição dominante no mercado – o que é prejudicial à ordem econômica. Mas não só: por meio do ato de concentração, é possível viabilizar economias de escala, com melhor aproveitamento dos recursos disponíveis, como sistemas de distribuição (FORGIONI, 2016, p. 421). Essas operações detêm o condão, também, de permitir a entrada do agente comprador em um novo mercado, funcionar como meio de preservar as atividades e possibilitar ganhos ou economias tributárias (FORGIONI, 2016, p. 422).

Nota-se, dessa forma, que o processo de concentração não se encontra necessariamente associado à ocorrência de prejuízos e ao uso abusivo do poder econômico pelo agente (FRAZÃO, 2017, p. 111). Ao contrário, “é capaz de levar a maior grau de eficiência, propiciando inovação, desenvolvimento tecnológico e benefícios para os consumidores. A concentração de capitais pode aumentar economias de escala e propiciar o aproveitamento de sinergias em benefício da sociedade” (FORGIONI, 2016, p. 424).

Entretanto, utilizando-se o poder econômico de forma abusiva, a concentração de fato pode atentar contra o funcionamento normal dos mercados (FORGIONI, 2016, p. 426). O agente passa a se comportar com independência e indiferença em relação aos demais agentes econômicos (FORGIONI, 2016, p. 426), implicando a posição dominante na sujeição de mercados e de consumidores (FORGIONI, 2016, p. 271).

Não por outra razão, parte da doutrina entende a concentração como um efeito autodestrutível do mercado, que é apto a ocasionar crises no sistema econômico (FORGIONI, 2016, p. 414). Diante desse possível cenário, ao órgão de defesa da concorrência cabe analisar a eficiência e os prejuízos decorrentes da operação de concentração (SILVEIRA, 2021, p. 9) previamente à sua conclusão (CASTRO, 2014, p. 171).

Nesse sentido, Salomão Filho (2002, p. 359) destaca que a existência de um controle estrutural decorre da preferência por uma atuação preventiva em comparação à atuação sancionatória, principalmente diante da possível derivação de importantes efeitos macroeconômicos. Assim, realizada a análise da operação pelo Cade, a concentração pode ser autorizada, desde que os benefícios trazidos superem os prejuízos em termos de concorrência (FORGIONI, 2016, p. 438).

4 Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture (BRASIL, 2011).

O procedimento de concentração, para ser submetido à análise do Cade, deve preencher alguns requisitos cumulativos, constantes no art. 88 e 90 da Lei nº. 12.529/11,<sup>5</sup> exigindo-se também a notificação prévia da autarquia (HAJAR, 2018, p. 37), sendo que a concentração não pode ser consumada antes da sua apreciação (FORGIONI, 2016, p. 440).

### 3. O ACORDO EM CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO

No contexto do controle estrutural, destinado à análise prévia do ato de concentração, situa-se o acordo em controle de concentração, mecanismo que pode ser celebrado entre o Cade e as partes para viabilizar a aprovação da operação econômica (FORGIONI, 2016, p. 422).

No exame da concentração econômica, o Cade pode decidir por aprovar, reprovar ou aprovar com restrições determinada operação. Nesse último caso, são estabelecidas condições para a aprovação, mediante a utilização de cláusulas que possibilitam a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica (FORGIONI, 2016, p. 422). Tais condições podem ser fixadas unilateralmente ou de modo pró-consensual, por meio da celebração de acordos entre o Cade e a empresa em concentração (MARRARA, 2020, p. 200).

A vantagem da estipulação consensual de condições reside no fato de que o agente econômico detém expertise única acerca de sua dinâmica de funcionamento (MARRARA, 2020, p. 201). Sendo assim, a participação do requerente da concentração garante a qualidade, a eficiência e a efetividade do controle feito pela autarquia, que possui flexibilidade decisória para exercer “poderes restritivos dentro do controle de concentrações como técnica de prevenção de danos à concorrência em sentido difuso” (MARRARA, 2020, p. 201).

Portanto, o acordo em controle de concentração caracteriza-se como um instrumento mediante o qual são estabelecidas condicionantes à aprovação definitiva da operação pelo Cade, exigindo-se seu cumprimento para que seja autorizado o ato (MARRARA, 2020, p. 202).

Em síntese, a requerente assume, perante a administração, a obrigação de comportar-se nos estreitos limites das condições impostas para a aprovação do ato (FORGIONI, 2016, p. 442). À administração o acordo é vantajoso ao possibilitar que a concentração seja autorizada garantindo-se o atingimento de eficiências pretendidas (FORGIONI, 2016, p. 442), bem como evitando prejuízos à concorrência, aos consumidores e ao mercado como um todo.

### 4. O MONITORAMENTO REALIZADO PELA AUTARQUIA

Um dos pontos de maior preocupação associado à celebração dos acordos em controle de concentração reside na fiscalização do cumprimento das condições estipuladas, principalmente dos remédios comportamentais, cujos custos de monitoramento são mais elevados diante das dificuldades relacionadas à sua implementação (RIBEIRO; FELIPPE, 2021, p. 7).

---

5 Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) (BRASIL, 2011).

Nesse sentido, Forgioni explica que “a fiscalização do cumprimento desses compromissos por parte das autoridades antitruste tem se mostrado defeituosa, de forma que as empresas acabam desviando-se dos termos acordados” (FORGIONI, 2016, p. 443).

A legislação atribuiu à Superintendência Geral o poder de realizar esse monitoramento (art. 52 da Lei nº 12.529/11),<sup>6</sup> sendo comum que a fiscalização seja efetivada, no âmbito do CADE, unicamente através da análise formal de relatórios apresentados pelas próprias empresas em concentração (VERÍSSIMO, 2017, p. 334). Esse contexto decorre, entre outros fatores, da reduzida estrutura da autoridade concorrencial em comparação à complexidade dos mercados sobre os quais se faz necessário o monitoramento (VERÍSSIMO, 2017, p. 334).

Em muitos casos, o modo de realização da fiscalização dos remédios antitruste aplicados sequer é mencionado nas decisões da autarquia, do que resulta a mitigação do enforcement desses pronunciamentos e a inviabilidade – ou dificuldade – de aplicação de remédios comportamentais (VERÍSSIMO, 2017, p. 334).

Tendo isso, em vista, o Cade “acaba limitando as possibilidades de imposição ou negociação de remédios, de modo que as autoridades optam frequentemente pelas medidas mais tradicionais” (VERÍSSIMO, 2017, p. 334).

A doutrina tem entendido, por outro lado, que há direito subjetivo de terceiros à fiscalização do acordo, o que significa que os cidadãos, tanto quanto o Ministério Público e as agências reguladoras, estão autorizados a contatar o Cade para informar o descumprimento dos termos pactuados (MARRARA, 2020, p. 206). É do interesse da coletividade, portanto, para além dos envolvidos na operação e do CADE, que as condições assumidas no acordo sejam cumpridas, a fim de garantir a produção de efeitos positivos decorrentes do ato de concentração.

A extensão a outros atores das atribuições de efetuar esse monitoramento pode representar um importante mecanismo para assegurar a preservação da concorrência, elevando a efetividade do instrumento pró-consensual celebrado entre a administração e as empresas em concentração (MARRARA, 2020, p. 206).

Sendo assim, diante da ineficiência da fiscalização realizada de forma exclusiva pela autoridade concorrencial, abre-se espaço para que sejam estipulados mecanismos outros que possam colaborar para o bom funcionamento desse sistema de controle prévio do CADE, em que a operação é autorizada desde que preenchidas as condições que possibilitem a sobreposição da eficiência da operação aos prejuízos dela decorrentes.

## 5. A ARBITRAGEM COMO MECANISMO DE REFORÇO AO MONITORAMENTO

É dentro dessa lógica de procura de novos atores para reforçar o monitoramento originalmente incumbido ao Cade que se enquadra a arbitragem.

Nesse sentido, a OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (2012, p. 13) produziu relevante estudo acerca do crescimento da utilização da arbitragem como forma de reduzir os custos de monitoramento e de implementação dos remédios impostos para a aprovação

<sup>6</sup> Art. 52. O cumprimento das decisões do Tribunal e de compromissos e acordos firmados nos termos desta Lei poderá, a critério do Tribunal, ser fiscalizado pela Superintendência-Geral, com o respectivo encaminhamento dos autos, após a decisão final do Tribunal (BRASIL, 2011).



dos atos de concentração.

No Brasil, a doutrina aponta que o Cade tem procurado se utilizar de mecanismos mais eficientes para garantir o cumprimento material de suas decisões, sendo a arbitragem justamente uma forma de reduzir os custos de monitoramento da autarquia (CAVALCANTI, 2015, p. 31) A autarquia já se manifestou sobre os benefícios da utilização da arbitragem, decorrentes do fato de que “discussões complexas relativas aos motivos que levaram à recusa de negociação ou à inadequação dos critérios de negociação ficarão a cargo do árbitro, cuja escolha deverá ser aprovada pelo Cade” (BRASIL, 2014)

O socorro à arbitragem justificou-se num cenário de eventual ausência ou insuficiência da ação da autarquia (BRASIL, 2017c), relacionado à deficiência estrutural para realizar a integralidade do monitoramento dos termos dos acordos em controle de concentração.

## 6. A EXPERIÊNCIA PRÁTICA DO CADE

Os acordos em controle de concentração abaixo analisados, ao mesmo tempo em que estabelecem como remédio comportamental a adoção de medidas de não discriminação (RIBEIRO; FELIPPE, 2021, p. 7), autorizam que o concorrente atingido por práticas anticoncorrenciais acione o mecanismo chamado pelo Cade de arbitragem.

Nos três primeiros casos, o objeto da decisão “arbitral”<sup>7</sup> era mais restrito, de forma a abarcar apenas a constatação objetiva de adoção ou não de conduta contrária à condição estabelecida no acordo. A partir do caso Cetip/Bovespa, a arbitragem passou a poder analisar qualquer aspecto atinente às condições de contratação entre os particulares.<sup>8</sup>

Ademais, dos julgados do Cade verifica-se que aqueles nomeados no procedimento dito arbitral têm exercido atribuições ora consultivas ora decisórias. Em alguns casos, são chamados a opinar ou a atestar o descumprimento de determinado remédio antitruste e, em outros, subordinam as empresas em concentração às suas decisões acerca da implementação dos termos do acordo (VERÍSSIMO, 2017, p. 335).

Independentemente da concordância com a terminologia utilizada para descrever o pronunciamento opinativo como sendo arbitragem, a análise tópica dos casos em que o Cade inseriu o procedimento chamado de arbitragem como mecanismo reforço de monitoramento serve à demonstração da evolução da estruturação do instituto pela autarquia, adequando-o, cada vez mais, ao procedimento arbitral previsto na Lei nº. 9.307/96 e, como consequência, inadequando-se, na mesma medida, à matéria de direito público sobre a qual se debruça.

### 6.1. Caso ICL/Bromisa

---

7 Aqui talvez seja relevante fazer uma distinção, que se tornará mais clara no final do estudo: o Cade qualifica como arbitragem o procedimento utilizado para fins de monitoramento dos compromissos assumidos nos acordos em controle de concentração desde o caso ICL/Bromisa, de 2014, até o caso AT&T/Warner, de 2018, embora o procedimento chamado de arbitral seja estruturado de maneira diferente nos os acordos em controle de concentração. Nos primeiros casos, não se trata de arbitragem propriamente dita, tendo, com o passar do tempo, aproximando-se o procedimento da arbitragem prevista na Lei nº 9.307/96.

8 Não obstante o objeto da decisão arbitral verse sobre a relação estabelecida entre particulares (empresas em concentração e concorrentes), como o que se pretende constatar é a ocorrência ou não de prática que contraria a condição imposta para aprovação da decisão, o pronunciamento do árbitro tem como conteúdo, em verdade, o cumprimento ou não da obrigação assumida pelas compromissárias perante o Cade, como se verá melhor a seguir.

A operação de concentração realizou-se mediante a constituição de uma *joint venture* entre a Fosfobrasil S/A, o Grupo Israel Corporation e o Grupo Vale, envolvendo o mercado de ácido fosfórico de grau alimentício. Representou a primeira experiência do Cade na utilização do procedimento denominado arbitragem como mecanismo de reforço ao monitoramento da implementação das condições impostas à aprovação do ato de concentração (HAJAR, 2018, p. 24).

A operação foi aprovada, em 2014, com restrições, estipulando-se como remédio comportamental a obrigação da Fosfobrasil de oferecer contratos de fornecimento de longo prazo de ácido fosfórico aos produtores independentes de sais de fosfato de grau alimentício localizados no Brasil por um período de até oito anos (BRASIL, 2014).<sup>9</sup> Para completar, o ACC consignou que o preço cobrado pela Fosfobrasil não poderia ser superior ao estipulado no acordo que, em suas cláusulas 2.1.2 a 2.1.4 (BRASIL, 2014), estabeleceu critérios de fixação do preço no primeiro trimestre e nos trimestres subsequentes, exigindo-se a observância das regras usuais de mercado e da boa-fé (BRASIL, 2014).<sup>10</sup>

Diante disso, a ICL Brasil comprometeu-se a fazer com que a Fosfobrasil não se recusasse a vender o PPA de grau alimentício para qualquer produtor independente de sais de fosfato localizado no Brasil, respeitando as condições não discriminatórias até então praticadas (BRASIL, 2014).<sup>11</sup> As condições não discriminatórias, por sua vez, foram definidas como aquelas negociadas conforme os parâmetros do mercado e da boa-fé, “não podendo o preço cobrado de um novo cliente ser superior ao preço máximo que a ICL Brasil pode oferecer aos clientes atuais na forma das condições descritas nas cláusulas 2.1.1. a 2.1.4” (BRASIL, 2014).<sup>12</sup>

Para o monitoramento das obrigações assumidas, previu-se um procedimento chamado de arbitragem, destinado a analisar a questão da recusa não justificada da Fosfobrasil no fornecimento de PPA de grau alimentício a um produtor independente de sais de fosfato localizado no Brasil (BRASIL, 2014).<sup>13</sup>

Posteriormente à manifestação da ICL Brasil, o Cade decidiria por instaurar ou não o processo de “arbitragem” para determinar se houve justificativa objetiva na recusa (BRASIL, 2014).<sup>14</sup> Aberto

9 2.1. A ICL Brasil compromete-se a, em seguida à consumação da Operação, fazer com que a Fosfobrasil ofereça contratos de fornecimento de ao menos 1 (um) ano de duração e até 8 (oito) anos de duração, conforme o interesse do adquirente, para a venda de PPA de grau alimentício a todos os produtores independentes de sais de fosfato de grau alimentício localizados no Brasil comprado pelo menos 100 T/P2O5 de PPA de grau alimentício que tenham da Fosfobrasil considerando-se o volume médio anual de compra nos anos de 2012, 2013 e 2014.

10 2.1.1. O preço cobrado na venda de PPA de grau alimentício a produtores de sais de fosfato de grau alimentício localizados no Brasil será fixado livremente pelas partes contratantes, de acordo com a boa-fé e as condições usuais de mercado, não podendo ser superior ao valor resultante dos critérios definidos nas cláusulas 2.1.2 a 2.1.4 abaixo.

11 2.2 A ICL Brasil compromete-se a fazer com que a Fosfobrasil não se recuse a vender PPA de grau alimentício para qualquer (atual ou futuro) produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício localizado no Brasil, respeitando as mesmas condições não-discriminatórias atualmente praticadas, a menos que exista uma justificativa objetiva.

12 2.2.1. Serão consideradas condições não discriminatórias, nos termos da Cláusula 2.2, as negociações realizadas de acordo com as condições boa-fé, não podendo o preço cobrado de um novo cliente ser superior ao preço máximo que a ICL Brasil pode oferecer aos então clientes atuais na forma das condições descritas nas cláusulas 2.1.1 a 2.1.4.

13 3.6. No caso de uma alegada recusa pela Fosfobrasil no fornecimento de PPA de grau alimentício a um produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício localizado no Brasil que tenha submetido pedido de boa-fé à Fosfobrasil, e caso esse produtor alegue que a recusa da Fosfobrasil não teve justificativa objetiva, o Cade poderá, se apropriado, solicitar à ICL Brasil que dê início a um processo de arbitragem para dirimir a questão, de acordo com as práticas usuais de negócio.

14 3.6.1. A ICL Brasil deve ter a oportunidade de manifestar-se sobre qualquer alegada recusa sem justificativa objetiva, pela Fosfobrasil, de fornecer PPA de grau alimentício a um produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício localizado no Brasil que seja submetida ao Cade, previamente à decisão do Cade de instaurar ou não um processo de arbitragem para determinar se houve uma justificativa objetiva, e o Cade deve considerar os argumentos apresentados pela ICL Brasil.

o procedimento, aqueles nomeados no procedimento (chamados impropriamente de “árbitros”) emitiriam opinião, a ser submetida ao Cade para referendo e posterior decisão a respeito, limitada a determinar “se a Fosfobrasil teve uma justificativa objetiva para a recusa de fornecer PPA de grau alimentício a um produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício no Brasil” (BRASIL, 2014).<sup>15</sup>

Contudo, com o nome de arbitragem, o Cade pareceu estipular, para esse ato de concentração, um mecanismo de controle privado de outra natureza. O caráter apenas opinativo do procedimento não se coaduna com o instituto da arbitragem. A atuação dos árbitros é caracterizada por um perfeito equivalente à jurisdição estatal cognitiva, cabendo ao tribunal atuar as normas incidentes no caso concreto (TALAMINI, 2015, p. 289), de forma que a decisão arbitral, desde quando é proferida, vincula as partes envolvidas, prescindindo inclusive de homologação judicial (FIGUEIRA JÚNIOR, 2019, p. 118).

Tanto é assim que em procedimento arbitral não vinculante – que, em respeito à autonomia das partes, pode ser escolhido, ainda que implique a desnaturação da arbitragem de natureza jurisdicional –, a conclusão do tribunal arbitral não é sentença, caracterizando-se, em verdade, como laudo ou parecer contendo opinião acerca do possível deslinde da causa (FIGUEIRA JÚNIOR, 2019, p. 74).

Poder-se-ia argumentar que às partes cabe, quando do seu interesse, restringir o poder dos árbitros, autorizando-os, por exemplo, a apurar somente um determinado fato (como nesse caso da ICL/Bromisa faz-se quanto à justificativa de recusa ao fornecimento do PPA) – o que é válido (CARMONA, 2009, p. 289). Contudo, mesmo nessas hipóteses, a decisão dos árbitros teria força vinculante no que tange às conclusões de fato por ele estabelecidas, o que se distingue do resultado de uma perícia ou parecer, que não vinculam o julgador (CARMONA, 2009, p. 289).

Assim, não seria possível atribuir a esse procedimento o nome de arbitragem, sem ressaltar a sua natureza não vinculante e não jurisdicional.

Existem consequências jurídicas de relevância para as partes, para o árbitro e para o Cade, na condição de administração pública indireta, em se considerar o referido procedimento como de arbitragem jurisdicional. A título exemplificativo, em se tratando de procedimento arbitral propriamente dito, a parte que recebeu a sentença arbitral favorável poderia buscar a sua execução perante o Poder Judiciário, ainda que o Cade decidisse em sentido contrário ao parecer, o que não parece possível no caso do procedimento adotado no ato de concentração ICL/Bromisa, pois esse não dispõe da natureza vinculante que é conferida à arbitragem pela Lei nº. 9.307/96 (BRASIL, 1996).

## 6.2. Caso ALL/Rumo

Esse ato de concentração consistiu na incorporação das ações da América Latina Logística S/A (ALL) pela Rumo Logística Operadora Multimodal S/A. O Cade identificou um possível problema consistente no fato de que a nova companhia, além de ser controlada por um *player* que se utiliza da ferrovia para transporte de carga própria (Rumo), passaria a deter o controle de toda a cadeia logística de exportação de grãos vegetais pelo Porto de Santos (BRASIL, 2015).

15 3.6.2. A opinião exarada pelo(s) árbitro(s) – que será apontado pela ICL Brasil e referendado pelo Cade – será então submetida ao Cade para que esse tome uma decisão fundamentada. A opinião do(s) árbitro(s) será limitada a determinar se a Fosfobrasil teve uma justificativa objetiva para a recusa de fornecer PPA de grau alimentício a um produtor independente de sais de fosfato de grau alimentício localizado no Brasil.

Sendo assim, a nova companhia poderia negociar condições mais favoráveis às empresas de seu próprio grupo em detrimento de outros concorrentes dos diversos mercados afetados pela operação e dos usuários em geral, privilegiando sua própria carga em um cenário de oferta de serviço insuficiente, bem como desfavorecendo a carga de concorrentes para fortalecer sua posição de mercado (BRASIL, 2015). Como consequência, “a empresa teria evidente capacidade de adotar condutas que coloquem em desvantagem rivais atuantes nas mais diversas etapas dessa cadeia” (BRASIL, 2015).

Como condição de aprovação da operação, portanto, estabeleceu-se que a nova companhia deveria observar os parâmetros objetivos de precificação dos serviços prestados aos concorrentes,<sup>16</sup> representados por um conjunto de variáveis objeto de relação fixa e pré-ordenada entre si (BRASIL, 2015).<sup>17</sup>

Ao mesmo tempo, exigiu-se que a nova companhia assegurasse aos usuários a contratação de transporte ferroviário, de forma isolada ou conjunta com outros serviços, por preços compatíveis com o tipo de contratação,<sup>18</sup> cuja escolha deveria ficar a cargo do usuário (BRASIL, 2015).<sup>19</sup>

Quanto ao procedimento chamado de arbitragem, previu-se que, caso algum usuário se sentisse discriminado na contratação ou na prestação de quaisquer serviços pela nova companhia, deveria se reportar ao supervisor, indicando os fatos que lhe fazem sentir a discriminação (BRASIL, 2015).<sup>20</sup> Se o usuário entendesse que a resposta fornecida pelo supervisor foi insatisfatória, poderia acionar o procedimento “arbitral” privado (BRASIL, 2015),<sup>22</sup> no qual apenas deve ser constatada “se a contratação de prestação de serviço de transporte ferroviário ocorreu de forma discriminatória, considerando-se a contratação e a prestação do serviço com partes relacionadas” (BRASIL, 2015).<sup>23</sup>

As decisões ditas arbitrais deveriam ser disponibilizadas ao Cade no relatório da auditoria

---

16 2.7. Sem prejuízo das disposições regulatórias, e de critérios mais vantajosos negociados pelos Usuários e já em curso, a NOVA COMPANHIA deverá observar parâmetros objetivos para a precificação dos serviços prestados aos Concorrentes.

17 2.8. Os parâmetros objetivos serão representados por um conjunto de variáveis que guardarão uma relação fixa e pré-ordenada entre si. § 1º. Fica resguardada a liberdade tarifária com base nos preceitos regulatórios aplicados à espécie. § 2º Os valores e a influência (o “peso”) de cada variável no preço final deverão ser aplicados aos Concorrentes de forma isonômica. § 3º Todos os contratos firmados devem permitir a decomposição dos preços praticados, com identificação das particularidades que justifiquem um tratamento diferenciado. §4º As particularidades descritas no §3º deverão ser quantificadas e qualificadas de forma a ser possível aferir a razoabilidade dessa diferenciação.

18 2.11. Sem prejuízo da observação do item 2.9, a NOVA COMPANHIA assegurará sempre aos Usuários a contratação de transporte ferroviário, de forma isolada ou conjunta a outros serviços, sempre por preços compatíveis com o tipo de contratação.

19 § 1º A escolha pelo tipo de contratação (isolada ou conjunta) ficará a critério do Usuário, não podendo haver precificação de um pacote de serviços logísticos em valor inferior ao preço de um serviço isolado que esteja nele incluído.

20 2.30. Sem prejuízo das competências regulatórias da ANTT, caso algum Usuário se sinta discriminado na contratação ou na prestação de quaisquer serviços pela NOVA COMPANHIA, este poderá reportar formalmente ao Supervisor, indicando os fatos que lhe fazem supor a discriminação.

21 É de ressaltar que, em relação ao conteúdo do objeto submetido à “arbitragem”, alguns dos desentendimentos entre as empresas decorrentes do ato de concentração podem ser resolvidos pela mediação, importante meio de autocomposição capaz de dirimir controvérsias que envolvam negociação de soluções para empresas a fim de solucionar os seus próprios conflitos. Esse método não pode servir de sucedâneo à decisão do Cade em matéria de cumprimento de compromissos celebrados em acordos em controle de concentração, mas pode ser importante forma de resolução de problemas negociais surgidos entre as empresas.

22 2.32. Caso o Usuário entenda que a resposta apresentada pelo Supervisor é insatisfatória, o Usuário poderá iniciar procedimento arbitral privado.

23 § 2º A decisão do Tribunal Arbitral será de constatação se a contratação e prestação do serviço de transporte ferroviário ocorreu de forma discriminatória, considerando-se a contratação e a prestação dos serviços com Partes Relacionadas.

externa independente (BRASIL, 2015)<sup>24</sup> e a elas o Cade não se vincularia quando da formação de seu entendimento, bem como não estaria obrigado a se manifestar ou tomar providências a cada pronunciamento “arbitral” (BRASIL, 2015).<sup>25</sup>

A própria autarquia reconheceu, em momento posterior, que, da mesma forma do verificado no caso da ICL/Bromisa, a dita arbitragem foi aqui prevista como um mecanismo de resolução de controvérsias que serviria de apoio a uma decisão da autoridade antitruste (BRASIL, 2015).

Diante disso, aplicam-se os mesmos comentários realizados no item anterior, reforçando a conclusão de que esse modelo de procedimento não se amolda a uma arbitragem de natureza jurisdicional e, portanto, a uma arbitragem propriamente dita.

Importante consignar que, sobre esse acordo em controle de concentração, a Procuradoria Federal Especializada do Cade foi acionada por terceiro acerca de um suposto descumprimento dos termos pactuados (VERÍSSIMO, 2017, p. 339). Nessa oportunidade, a autarquia manifestou-se estabelecendo um interessante liame entre as questões privadas existentes entre os concorrentes e a atuação do Cade, destacando que:

*A autoridade antitruste a princípio não se ocupará de questões privadas entre concorrentes, atendo-se apenas aos termos do ACC quando da análise dos aspectos concorrencialmente sensíveis envolvidos na dinâmica do mercado pós celebração do acordo, sendo que apenas em caso de uma eventual circunstância que possa comprometer sua eficácia (de maneira concreta) e, como no caso, eventualmente atestada pelo juízo arbitral, passaria a agir (VERÍSSIMO, 2017, p. 339).*

Assim, eventual manifestação da autarquia apenas decorreria da constatação de uma circunstância capaz de atentar contra a eficácia do acordo, previamente definida pelo que fora chamado de juízo arbitral.

### 6.3. Caso Dow/Dupont

A fusão entre a Dow Chemical Company e a E.I Du Pont de Nemours and Company exigiu das companhias envolvidas uma série de desinvestimentos de ativos relacionados ao negócio de sementes de milho (HAJAR, 2018, p. 59).

Entretanto, previu, como mecanismo de reforço do monitoramento, a figura de um trustee, terceiro imparcial incumbido do dever de supervisionar o cumprimento das condições e das obrigações contidas no acordo (VERÍSSIMO, 2017, p. 341).

Como não existiu previsão de arbitragem, esse caso dispensa maior interesse ao presente estudo.

### 6.4. Caso Tam/Iberia/British Airways

---

24 § 6º As decisões arbitrais serão fornecidas ao Cade no relatório de auditoria indicado no item “I” abaixo.

25 2.33. O Cade não se vincula a qualquer deliberação arbitral para a formação das suas decisões, e nem se obriga a se manifestar ou a tomar providências a cada decisão arbitral prolatada.

ATAM e os grupos LATAM e IAG celebraram um acordo de negócio conjunto, também denominado de *joint business agreement*, envolvendo o mercado de transporte aéreo de passageiros e cargas nas rotas entre Europa e América do Sul (VERÍSSIMO, 2017, p. 342).

Notou-se que a partir da efetivação do ato de concentração seria consideravelmente baixa a probabilidade de novas entradas nas rotas diretas de São Paulo a Londres e, caso acontecesse, dificilmente as ofertas seriam suficientes e tempestivas (BRASIL, 2017a).

Dado esse cenário, o ACC previu a obrigação de celebração de um SPA (*Special Prorate Agreement*), no qual o concorrente entrante teria direito a escolher algumas rotas a partir de Londres e outras a partir de Guarulhos, a fim de captar a capacidade de passageiros necessária para efetuar a viagem entre São Paulo e Londres (BRASIL, 2017a).

Assim, a pedido de um novo operador de serviços aéreos sem escala, a British Airways e a Latam deveriam celebrar um Acordo Especial Pro Rata (SPA) com essa companhia aérea para o tráfego de uma viagem que tenha origem/destino real na Europa e origem/destino real no Brasil (BRASIL, 2017a).<sup>26</sup> As taxas aplicadas a essas rotas deveriam ser pelo menos tão favoráveis quanto os termos acordados pela compromissária relevante (British Airways) no acordo especial existente com qualquer outra companhia aérea para a mesma rota de alimentação e na mesma classe tarifária (BRASIL, 2017a),<sup>27</sup> devendo também ser assegurados os tempos mínimos de conexão baseados na prática habitual no aeroporto e no terminal em questão (BRASIL, 2017a).<sup>28</sup>

Se o operador de serviços aéreos entender que a classe tarifária oferecida pela compromissária relevante não obedece os termos do ACC e se as partes não conseguirem chegar a uma solução consensual, o operador de serviços aéreos solicitante poderia requerer que o Cade dê início a um procedimento também chamado arbitral (BRASIL, 2017a).<sup>29</sup>

Antes da decisão sobre a instauração ou não do procedimento, a compromissária relevante teria direito a se manifestar. Munido das informações necessárias, ao Cade caberia a decisão acerca

---

26 III.1. A pedido de um Novo Operador de Serviços Aéreos Sem Escala, a British Airways e LATAM deverão entrar em um Acordo Especial Pro Rata (SPA) com tal companhia aérea (Operador de Serviços Aéreos Solicitante) para o tráfego com uma origem/destino real na Europa e uma origem/destino real no Brasil, desde que parte da viagem envolva o Par de Cidades Identificado no qual o Serviço Aéreo Competitivo Sem Escalas é oferecido. A pedido do Operador de Serviços Aéreos Solicitante, o Acordo Especial Pro Rata (SPA) deve se aplicar a todos os serviços aéreos do Operador de Serviços Aéreos Solicitante no Par de Cidades Identificado no qual o Serviço Aéreo Competitivo Sem Escalas é oferecido

27 III.5. Sujeito às disposições do restante desta Cláusula III, o Acordo Especial Pro Rata (SPA) deve: obedecer os termos (taxas aplicadas às rotas específicas do Acordo Especial Pro Rata (SPA) e taxas de serviço de interline, apenas) que são pelo menos tão favoráveis quanto os termos acordados pela Compromissária relevante nos termos de um acordo especial pro rata existente com qualquer outra companhia aérea para a mesma rota de alimentação (feed route) e na mesma classe tarifária (que não seja objeto de termos de codeshare contidos em acordos especiais pro rata já existentes ou quaisquer termos excluídos em virtude da Cláusula III.6). Para que não restem dúvidas, sujeito à Cláusula III.6, os termos do Acordo Especial Pro Rata (SPA) a ser celebrado pela British Airways com o Operador de Serviços Aéreos Solicitante em Londres Heathrow não deverão de nenhuma forma ser menos favoráveis que os acordados pela British Airways no âmbito dos acordos especiais pro rata firmados conforme a Decisão da Comissão Europeia de 14.07.2010 (Caso COMP/39.596) nem que o acordo especial pro rata que atualmente possui com a Avianca para a mesma rota de alimentação (feed route) e na mesma classe tarifária (excluídos quaisquer termos de codeshare). Se a Compromissária relevante não possuir uma tarifa equivalente com qualquer outra companhia aérea, a tarifa deve ser determinada de acordo com a Cláusula III.7.

28 c. assegurar tempos mínimos de conexão baseados na prática habitual no aeroporto e no terminal em questão, e que sejam razoáveis.

29 III.11.1. Caso o Operador de Serviços Aéreos Solicitante entenda que a classe tarifária oferecida pela Compromissária relevante não cumpre com estes Compromissos e as partes não consigam chegar a um acordo, o Operador de Serviços Aéreos Solicitante poderá solicitar ao Cade que dê início a um procedimento arbitral para dirimir a controvérsia.

do início da “arbitragem” (BRASIL, 2017a),<sup>30</sup> que possuiria objeto restrito à compatibilidade das classes tarifárias oferecidas pelas compromissárias aos operadores de serviços aéreos.

Instaurado o procedimento, um trustee, agindo como “árbitro”, emitiria sua decisão determinando para quais classes tarifárias deveria ser aplicado o Acordo Especial Pro Rata (SPA). Essa decisão seria submetida ao Cade (BRASIL, 2017a),<sup>31</sup> que a ela não se vincularia para a formação de seu entendimento, e nem estaria obrigado a se manifestar ou a tomar providências a cada pronunciamento dito arbitral (BRASIL, 2017a).<sup>32</sup> A conclusão do Acordo Especial Pro Rata (SPA) estaria sujeita à aprovação do Cade, aconselhado pelo trustee, especificamente quanto à verificação da razoabilidade de seus termos (BRASIL, 2017a).<sup>33</sup>

## 6.5. Caso Cetip/Bovespa

O acordo em controle de contratação celebrado quando da fusão da BM&F Bovespa e da Cetip Mercados Organizados representou alteração significativa nas características dos procedimentos ditos arbitrais até então adotados pelo Cade.

As compromissárias assumiram no acordo em controle de concentração o dever de garantir tratamento isonômico entre todos os participantes da central depositária, obrigando-se a detalhar os aumentos de quaisquer custos operacionais ou transacionais inerentes à mecânica da prestação de serviços da CSD em relação a valores mobiliários de renda variável (BRASIL, 2017b). Além disso, comprometeram-se a oferecer a prestação de serviços CSD em condições justas, transparentes e não discriminatórias, o que incluía os termos e as condições contratuais de acesso a sua infraestrutura (BRASIL, 2017b).<sup>34</sup>

Nessa oportunidade, pela primeira vez, o chamado tribunal arbitral (agora de maneira apropriada) passou a deter poderes amplos para decidir sobre quaisquer aspectos relativos ao preço e/ou ao escopo das regras de acesso à prestação de serviços CSD (Central Depositária de Ativos) (BRASIL, 2017b),<sup>35</sup> não limitando sua atuação a constatar a ocorrência de discriminação ou de violação dos termos do acordo pela empresa em concentração.<sup>36</sup>

30 III.11.2. Antes que o Cade autorize a instauração do processo arbitral, a Compromissária relevante deve ter o direito de apresentar a situação e contexto da negociação ao Cade e as razões pelas quais as partes ainda não chegaram a um acordo. Com base nesta informação, o Cade poderá decidir de instaurar ou não um processo de arbitragem.

31 III.11.4. Instaurado o processo de arbitragem, o Trustee agindo como árbitro emitirá sua decisão determinando a(s) classe(s) tarifária(s) para à(s) qual(is) se aplicará(ão) o Acordo Especial Pro Rata (SPA). A decisão adotada pelo Trustee será submetida ao Cade.

32 III.11.6. O Cade não se vincula a qualquer deliberação arbitral para a formação das suas decisões, e nem se obriga a se manifestar ou a tomar providências a cada decisão arbitral prolatada.

33 III.12. A conclusão do Acordo Especial Pro Rata (SPA) estará sujeita à aprovação do Cade, aconselhado pelo Trustee, especificamente quanto à verificação se os seus termos são razoáveis.

34 2.8. As Compromissárias se comprometem a oferecer a Prestação de Serviços CSD em condições justas, transparentes e não-discriminatórias, o que inclui os termos e as condições contratuais de acesso a sua infraestrutura.

35 2.9. Para efeitos desse ACC “Prestação de Serviços de CSD” significa a prestação de serviços, pela central depositária da BVMF, de transferência de valores mobiliários objeto de operações compensadas e liquidadas por intermédio de outra IMF, bem como as funcionalidades acessórias para a prestação do serviço principal. 2.11. Em caso de fracasso nas negociações, a parte interessada poderá acionar o mecanismo de arbitragem previsto nesta cláusula, para fins de solução de controvérsias (“Arbitragem”).

36 Observa-se que as considerações abaixo formuladas (sobre a competência do Cade para decisão acerca do cumprimento dos termos do acordo e sobre a incompatibilidade da arbitragem e da atividade administrativa) não seriam aplicáveis a outros objetos de decisão sujeitos ao tribunal arbitral que não a verificação do comportamento discriminatório das compromissárias em prejuízo dos concorrentes. Faz-se necessária essa observação nesse ponto porque, a partir daqui, o tribunal passa a deter amplo poder decisório.

Em sendo verificado o fracasso das negociações em até 120 dias com qualquer interessado na contratação da prestação de serviços CSD (BRASIL, 2017b),<sup>37</sup> poderia o interessado acionar a arbitragem (BRASIL, 2017b),<sup>38</sup> a ser conduzida por tribunal arbitral composto por três árbitros, que observaria, no que for aplicável, o procedimento previsto no regimento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (BRASIL, 2017b).<sup>39</sup>

Nota-se que, pela primeira vez, também constou a previsão de arbitragem institucional, que, diferente da arbitragem *ad hoc*, reporta as partes ao regulamento de um órgão arbitral, “incorporando tais regras à convenção arbitral” (BRASIL, 2017b).<sup>40</sup>

Além disso, restou expressamente determinado que a decisão do tribunal era irrecorrível e vinculante para as empresas em concentração (BRASIL, 2017b).<sup>41</sup> Contudo, no mesmo sentido do que constou nos acordos em controle de concentração precedentes, o Cade permanece a ela não vinculado (BRASIL, 2017b).<sup>42</sup>

Tendo em vista essas peculiaridades, alguns comentários fazem-se necessários.

Como o procedimento arbitral deve observar os termos do regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, cabe a cada parte indicar um árbitro para compor o tribunal, sendo que os indicados escolherão, em conjunto, o Presidente (BRASIL, 2017b).<sup>43</sup>

No entanto, os indicados devem integrar o quadro de árbitros da referida Câmara, o que implica, necessariamente, a delegação da atividade decisória a particulares.<sup>44</sup> Ainda que o Regulamento disponha da possibilidade de que sejam nomeados profissionais não integrantes do Corpo de Árbitros, casos em que se exige a aprovação do profissional pelo Presidente da Câmara,<sup>45</sup> normalmente se utilizam os árbitros que compõem a instituição.

Essa transferência do poder decisório aos árbitros, os quais, até então vinham exercendo atividade consultiva no âmbito dos acordos em controle de concentração, é relevante no cenário

37 2.10. As Compromissárias se comprometem a empreender período de negociação de até 120 (cento e vinte) dias com qualquer interessado na contratação da Prestação de Serviços CSD.

38 2.11. Em caso de fracasso nas negociações, a parte interessada poderá acionar o mecanismo de arbitragem previsto nesta cláusula, para fins de solução de controvérsias (“Arbitragem”).

39 2.12. A Arbitragem será conduzida por tribunal arbitral composto por 3 (três) árbitros (“Tribunal Arbitral”) e será realizada na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, observando, no que for aplicável, o procedimento previsto no Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC). Nos termos do mencionado Regulamento, cada parte indicará um árbitro para compor o Tribunal Arbitral, os quais indicarão, em conjunto, um terceiro árbitro que figurará como Presidente do Tribunal Arbitral.

40 2.10. As Compromissárias se comprometem a empreender período de negociação de até 120 (cento e vinte) dias com qualquer interessado na contratação da Prestação de Serviços CSD.

41 2.15. A decisão do Tribunal Arbitral é irrecorrível e terá caráter vinculante para as Compromissárias, observado o disposto na regulamentação aplicável.

42 2.17. O Cade não se vincula a qualquer deliberação arbitral para a formação de suas decisões, tampouco se obriga a se manifestar ou a tomar qualquer providência em relação às decisões arbitrais proferidas.

43 2.12. A Arbitragem será conduzida por tribunal arbitral composto por 3 (três) árbitros (“Tribunal Arbitral”) e será realizada na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, observando, no que for aplicável, o procedimento previsto no Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC). Nos termos do mencionado Regulamento, cada parte indicará um árbitro para compor o Tribunal Arbitral, os quais indicarão, em conjunto, um terceiro árbitro que figurará como Presidente do Tribunal Arbitral.

44 5.1. Poderão ser nomeados árbitros os membros do Corpo de Árbitros e/ou outros indicados pelas partes, observando sempre o disposto no artigo 4.4.1 deste Regulamento, o Código de Ética do CAM-CCBC, bem como os requisitos de independência, imparcialidade e disponibilidade.

45 4.4.1. As partes poderão indicar livremente os árbitros que comporão o Tribunal Arbitral. Contudo, caso a indicação seja de profissional que não integre o Corpo de Árbitros, deverá ela ser acompanhada do respectivo currículo, que será submetido à aprovação do Presidente do CAM-CCBC.

que será apresentado no ponto seguinte, em que se propõe pensar o procedimento aqui chamado de arbitragem como de competência do Cade em razão do poder de polícia concorrencial que lhe foi atribuído, a ser exercido no escopo de um processo administrativo. Como consequência, sendo esse o ponto de vista de que se parte, o poder decisório não poderia ser transferido a particulares.

Nos casos anteriores, tecemos comentários sobre a desnaturação da arbitragem como jurisdição em razão da previsão de que a manifestação do árbitro teria caráter opinativo, servindo de subsídio para que o Cade tomasse sua decisão acerca do descumprimento ou não do compromisso assumido pelas compromissárias. A partir do caso Cetip/Bovespa, vê-se a expressa vinculação das partes ao conteúdo da decisão arbitral, o que aproxima o procedimento previsto no ACC da arbitragem propriamente dita.

Entretanto, à medida em que o procedimento contido nos acordos em controle de concentração se assemelha à arbitragem regida pela Lei nº 9.307/96, torna-se mais questionável inseri-lo no escopo de um acordo em controle de concentração. Entendendo que os poderes de fiscalização e de decisão sobre o cumprimento dos ACC pelas compromissárias devem ser exercidos mediante atividade administrativa da autarquia, o que aqui se denomina de arbitragem culmina na delegação a particulares de poderes indelegáveis pelo Cade. Assim, ao aproximar a arbitragem do sentido que lhe conferiu a Lei nº 9.307/96, o procedimento torna-se mais impróprio para integrar o âmbito do monitoramento e da fiscalização dos acordos em controle de concentração.

## 6.6. Caso AT&T/Warner

Nesse caso, como obrigação assumida perante o Cade, a AT&T comprometeu-se a fazer com que as programadoras de canais TW oferecessem, a todas as empacotadoras e prestadoras de TV por assinatura não afiliadas, os canais de programação licenciados pelas programadoras de canais TW à Sky Brasil, para distribuição por meio de seu serviço de TV por assinatura, mediante condições não discriminatórias (BRASIL, 2017c),<sup>46</sup> ao menos tão favoráveis quanto àquelas oferecidos pelas programadoras de canais TW à Sky Brasil (BRASIL, 2017c).<sup>47</sup>

Ao mesmo tempo, no licenciamento de canais de programação para o empacotamento e distribuição no serviço de TV por assinatura, a Sky Brasil comprometeu-se a não se recusar a transmitir, ou impor termos discriminatórios para transmitir, os canais de programação não afiliadas à AT&T (BRASIL, 2017c).<sup>48</sup>

No que tange aos mecanismo de monitoramento, constou no ACC a possibilidade de que qualquer programadora de canais ou prestadora de TV por assinatura não filiada à AT&T ou à Sky poderia acionar a arbitragem para resolver conflitos relacionados às condições comerciais de

---

46 3.4. A AT&T compromete-se a fazer com que as Programadoras de Canais TW ofereçam a todas Empacotadoras e Prestadoras de TV por Assinatura não-Afiliadas todos Canais de Programação licenciados pelas Programadoras de Canais TW à Sky Brasil, para distribuição por meio de seu Serviço de TV por Assinatura, mediante condições não-discriminatórias. Esta oferta deve observar as seguintes condições: [...].

47 3.4. a) Termos não-discriminatórios devem ser entendidos como preços, termos e condições que, observados em conjunto, são considerados ao menos tão favoráveis quanto aqueles oferecidos pelas Programadoras de Canais TW à Sky Brasil.

48 3.7. No licenciamento de Canais de Programação para o empacotamento e distribuição no Serviço de TV por Assinatura, a Sky Brasil não se recusará a transmitir, ou impor termos para transmitir (inclusive no tocante a preço, termos ou outras condições), que possam ser considerados discriminatórios em relação às provedoras de Canais de Programação não-Afiliadas à AT&T, se comparados com aqueles aplicáveis às Programadoras de Canais TW.

contratação (BRASIL, 2017c).<sup>49</sup>

Também aqui o Cade optou pela ampla subordinação temática da matéria ao tribunal arbitral, podendo ser acionado o mecanismo para “resolver conflitos relacionados às condições comerciais de contratação, na forma deste Acordo” (BRASIL, 2017c).

De forma semelhante ao procedimento no caso Cetip/Bovespa, a arbitragem seria conduzida pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (BRASIL, 2017c),<sup>50</sup> devendo os árbitros emitir sentença baseada apenas em documentos (BRASIL, 2017c).<sup>51</sup>

Tanto quanto nos demais casos, previu-se que o Cade não se vincularia a qualquer deliberação arbitral para a formação de suas decisões, tampouco estaria obrigado a se manifestar ou a tomar providências em relação às decisões arbitrais (BRASIL, 2017c).<sup>52</sup>

A justificativa oferecida pela autarquia para a escolha do procedimento arbitral encontra-se na pretensão de se evitar o estabelecimento de um parâmetro fixo de contratação entre as partes, “em caso de recusa das Compromissárias em negociar condições comerciais adequadas para os agentes econômicos não integrados” (BRASIL, 2017c).

## 7. A PREVISÃO DE ARBITRAGEM NOS ACORDOS EM CONTROLE DE CONCENTRAÇÃO: EXERCÍCIO DE PODER DECISÓRIO INDELEGÁVEL PELO CADE NO ÂMBITO DE UM PROCESSO ADMINISTRATIVO

Até aqui se observou a maneira pela qual os acordos em controle de concentração estruturaram o procedimento chamado de arbitragem (embora nem sempre esse fosse estabelecimento de modo a respeitar o previsto na Lei nº 9.307/96), visando à fiscalizar o cumprimento das obrigações assumidas pelas compromissárias perante o Cade. Também, notou-se a progressiva incorporação das características da arbitragem regulamentada pela Lei nº 9.307/96 ao procedimento adotado nos acordos.

Nos três primeiros casos que continham a previsão de arbitragem, a decisão dos árbitros apresentava caráter apenas consultivo, sem que seu conteúdo vinculasse as partes. A partir do caso Cetip-Bovespa, notou-se uma mudança na estruturação do procedimento, que teve seu objeto de decisão alargado e que passou a ser vinculante às partes. Ademais, estabeleceu-se a arbitragem institucional, cuja decisão era expressamente irrecorrível.

No entanto, persistiu, em todos os casos aqui referidos, a previsão de que a autarquia não se vincularia a qualquer decisão daqueles nomeados para conduzir o procedimento arbitral (sejam árbitros propriamente ditos ou experts, consultores, etc.), nem mesmo estando obrigada a tomar

49 6.1. Qualquer programadora de Canais de Programação ou Prestadora de TV por Assinatura não afiliada à AT&T ou à SKY poderá acionar o mecanismo de arbitragem para resolver conflitos relacionados às condições comerciais de contratação, na forma deste Acordo (“Arbitragem”).

50 6.6. Os árbitros emitirão sentença baseada apenas em documentos, estando as partes autorizadas a apresentar qualquer documento/prova para embasar sua posição, mas não haverá audiências com especialistas e testemunhas. Após a instituição da arbitragem, haverá duas manifestações de cada parte, sendo a primeira acompanhada de todos os documentos e provas, com exceção de documentos e provas eventualmente acostadas à segunda manifestação, com o objetivo de refutar os documentos e provas apresentados pela outra parte. O árbitro poderá autorizar a apresentação de outros documentos, provas e manifestações em circunstâncias excepcionais, na extensão necessária à garantia do contraditório e ampla defesa.

51 Idem.

52 6.9. O Cade não se vincula a qualquer deliberação arbitral para a formação de suas decisões, tampouco se obriga a se manifestar ou a tomar qualquer providência em relação às decisões arbitrais proferidas.

providências em razão dos pronunciamentos emitidos por eles.

Como adiantado no item anterior, entende-se que, quanto mais a previsão da arbitragem incorporar as características que a especificam como atividade jurisdicional, mais emerge a inadequação de se colocar a arbitragem enquanto jurisdição como mecanismo de fiscalização dos cumprimento dos termos dos acordos em controle de concentração.

Para analisar corretamente a previsão de não vinculação do Cade ao conteúdo da decisão arbitral, pretende-se apresentar alguns questionamentos acerca da viabilidade da utilização da arbitragem da Lei nº 9.307/96 no monitoramento dos acordos.

## 7.1. A indelegabilidade do poder decisório pelo Cade

O acordo em controle de concentração insere-se no escopo de um caminho pró-consensual de negociação entre as empresas em concentração e o Cade, desenvolvido com a finalidade de garantir maior qualidade, eficácia e efetividade do controle de concentrações (MARRARA, 2020, p. 201).

Na condição de modalidade de acordo administrativo, o ACC disciplina relações entre a administração pública e os particulares, visando ao desenvolvimento da atividade administrativa mediante adoção de um regime de cooperação e colaboração entre os envolvidos (OLIVEIRA, 2020, p. 105). No mais, caracteriza-se por ser um provimento administrativo, cuja função é assegurar a obtenção de eficiências suficientes para a aprovação da operação (BACHA, 2017, p. 436).

Observa-se que a Lei nº. 12.529/11, em seu art. 13, V, atribui competência à Superintendência-Geral para “instaurar e instruir [...] processo administrativo para análise de ato de concentração econômica”. Sendo a operação de concentração desenvolvida no bojo de um processo administrativo, o acordo em controle de concentração é apensado a esse processo (art. 125, §1º, RICADE).<sup>53</sup>

Por meio do acordo, estabelecem-se condicionantes que devem acompanhar a decisão final do Cade de autorizar a realização de uma operação de concentração econômica (MARRARA, 2020, p. 205). O acordo, assim, integra a decisão de aprovação da operação, acoplando-se ao ato administrativo final do Cade, sendo-lhe harmônico e retirando dele a sua validade (MARRARA, 2020, p. 202).

Sendo esse o cenário, parece claro que a toda a negociação entre Cade e empresas em concentração, atinente às condições e obrigações a serem implementadas no acordo, insere-se no escopo de um processo administrativo, cuja direção incumbe à autarquia federal responsável pela defesa da concorrência.

Diante disso, a análise da celebração ou não do acordo – e de quais seriam os seus termos – é de competência do Cade, no exercício de sua atividade administrativa, pois cabe à autarquia a decisão acerca da aprovação da operação de concentração, a ser proferida no bojo de um processo administrativo especialmente instaurado para esse fim (RIBEIRO; FELIPPE, 2021, p. 5).

A fiscalização do cumprimento dos termos do acordo em controle de concentração, que compete ao Cade, especificamente à Superintendência-Geral (art. 52, caput, Lei nº. 12.529/11) (MARRARA, 2020, p. 206), também é realizada por meio de processo administrativo, com fulcro nos poderes-deveres da autarquia, os quais devem ser exercidos em atenção ao atendimento do interesse público justificador

---

53 § 1º O ACC será autuado em apartado e apensado ao processo administrativo para análise de ato de concentração econômica.

da garantia da livre concorrência.

Nesse sentido, a Resolução nº 06/2013 do Cade previu que os autos dos processos administrativos serão encaminhados para a Procuradora Federal Especializada junto ao Cade para manifestação sobre o cumprimento dos acordos adotados pelo Tribunal (art. 1º, caput).<sup>54</sup> Posteriormente à emissão do parecer, os autos destinam-se à Superintendência Geral para manifestação (art. 2º),<sup>55</sup> com subsequente remessa ao Tribunal, que decidirá sobre o cumprimento do acordo (art. 3º),<sup>56</sup> com fulcro na competência que lhe foi atribuída pelo art 9º, XIX, da Lei nº. 12.529/11.<sup>57</sup>

Deve-se ter em mente, portanto, que as atribuições relacionadas ao monitoramento e à fiscalização do cumprimento das obrigações previstas nos acordos em controle de concentração desenvolvem-se em um processo administrativo no âmbito do Cade e enquadram-se no escopo do exercício da atividade administrativa pela autarquia.

Como consequência, para averiguar a viabilidade da previsão da arbitragem da Lei nº. 9.307/96 como mecanismo de monitoramento dos termos do acordo, vale questionar o seu cabimento dentro desse contexto.

Em primeiro lugar, destaca-se que, ao exercer o controle preventivo concreto, examinando os efeitos das operações que geram concentração de mercado, a autarquia atua de forma a restringir a liberdade econômica dos envolvidos, baseando-se “no poder de polícia concorrencial conferido ao Cade e que se materializa em atos administrativos de autorização total ou parcial, condicionada ou incondicionada” (MARRARA, 2020, p. 199). Assim, tanto a celebração quanto a posterior fiscalização do acordo em controle de concentração, porque restritivas da liberdade dos particulares mediante ação preventiva e fiscalizadora (MELLO, 1996, p. 494), são realizadas no exercício do poder de polícia que incumbe ao Cade.

E essa constatação já é suficiente para impedir que a atividade decisória e de coerção seja transferida a particulares (por exemplo à CAM-CCBC).

Isso porque as funções essenciais do Estado que envolvem certa margem de exercício de poder decisório e o poder de coerção não podem ser realizadas por particulares (MARQUES NETO, 2000, p. 67), constituindo-se limites intransponíveis para a delegação da atividade de polícia pela administração pública (KLEIN, 2014, p. 234). Em razão da existência de um poder-dever, inerente à autoridade pública, para consecução da finalidade pública, a atividade de decisão e de coerção é irrenunciável (MARRARA, 2020, p. 70).

Ademais, conforme exposto por Justen Filho (2016), as atividades da autarquia são próprias e inerentes ao Estado, pelo que não podem ser desempenhadas sob regime de direito privado. A criação da autarquia deriva justamente de um processo de descentralização do poder estatal, que as exercia por meio de seu aparato de organização (JUSTEN FILHO, 2016).

54 Art. 1º Os autos dos procedimentos administrativos previstos na Lei nº 12.529/2011, após decisão final do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, serão encaminhados para a Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade, para manifestação sobre o cumprimento das decisões, dos compromissos e dos acordos adotados pelo Tribunal.

55 Art. 2º Após a manifestação da Procuradoria, os autos serão encaminhados à Superintendência Geral, para a manifestação prevista no artigo 52, § 2º, da Lei nº 12.529/2011, cuja motivação poderá consistir em declaração de concordância com os fundamentos expostos em pronunciamento anterior, na forma do artigo 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999.

56 Art. 3º Após a manifestação da Superintendência Geral, os autos serão encaminhados ao Tribunal, que decidirá sobre o cumprimento da decisão, compromisso ou acordo, nos termos do artigo 9º, XIX, da Lei nº 12.529/2011.

57 Art. 9º Compete ao Plenário do Tribunal, dentre outras atribuições previstas nesta Lei: XIX - decidir pelo cumprimento das decisões, compromissos e acordos.



Essas prerrogativas intransferíveis do Poder Público estão contidas em Lei, de forma que, como “o exercício das atividades inerentes à autoridade pública só existe porque a Lei outorgou ao órgão ou agente público a competência para efetivá-lo, não o seria por meio do contrato que ser-lhe-ia retirada tal competência” (MARQUES NETO, 2000, p. 70).

Observa-se que, no que tange especificamente às atividades do Cade, a Lei nº. 12.529/11 expressamente atribui à Superintendência-Geral a competência para fiscalizar os acordos firmados no âmbito da autarquia (art. 52). Ainda, o art. 9º, XIX, da Lei nº. 12.529/11 atribui ao plenário do Tribunal competência para decidir sobre o cumprimento dos acordos celebrados com a autarquia (BRASIL, 2011).

Em atenção a esse reserva legal, nota-se que o acordo em controle de concentração não pode dispor em sentido contrário ao previsto na Lei, permitindo com que a câmara arbitral decida sobre qualquer aspecto atinente às condições impostas pela autarquia para aprovação da operação, exercendo irregularmente competência que não pode ser a ela transferida.

As decisões sobre “a Prestação de Serviços CSD em condições justas, transparentes e não-discriminatórias” (BRASIL, 2017b) e sobre as “condições comerciais de contratação” (BRASIL, 2017c), objeto dos casos Cetip/Bovespa e AT&T/Warner respectivamente, porque inseridas no escopo do monitoramento do cumprimento dos termos do acordo, somente cabem ao Cade. Ou seja, dentro de seu poder de fiscalização, é da autarquia a competência para decisão.

E esse poder decisório, como visto, deve ser exercido somente pela autarquia, impedida sua transferência a particulares.

Nem mesmo se pensarmos em termos de competência de fiscalização da execução contratual haveria autorização para a delegação do poder decisório aos particulares. Ainda que se entenda que a atuação do Cade dentro dos termos do contrato, por atingir somente o particular que mantém vínculo contratual com o Estado, não versaria sobre poder de polícia (MARQUES NETO, 2000, p. 79), a competência decisória, prevista em Lei, não poderia ser transferida pela via contratual.

Assim, seja qual for o ponto de partida para a análise da competência decisória do Cade (poder de polícia ou fiscalização da execução contratual), deve-se concluir pela impossibilidade de transferir a particulares a atribuição de decidir pela ocorrência ou não de descumprimento de obrigações assumidas no acordo.

Além disso, poderia ser acrescentada à discussão a questão acerca das consequências da verificação de descumprimento, pelo “juízo arbitral”, de uma das condições assumidas pelas empresas em concentração.

Uma vez concedida a autorização da operação, essa torna-se vinculante para a autoridade antitruste, de forma que somente pode haver a revogação da autorização se for verificada uma das hipóteses mencionadas no art. 91 da Lei nº. 12.529/11 (FORGIONI, 2016, p. 441),<sup>58</sup> entre as quais se encontra o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas.

A Lei também prevê a competência exclusiva do Tribunal, de ofício ou mediante provocação da Superintendência-Geral, para a revisão da aprovação, o que impede a delegação para particulares

58 Art. 91. A aprovação de que trata o art. 88 desta Lei poderá ser revista pelo Tribunal, de ofício ou mediante provocação da Superintendência-Geral, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados (BRASIL, 2011).

(art. 91, caput).

Portanto, aprovada a operação, ainda que com restrições, essa passa a produzir os seus efeitos. Com a constatação do inadimplemento dos compromissos previstos no acordo pelas empresas em concentração, abre-se espaço para discussão, pela autarquia, de eventual revogação da aprovação antes concedida, para além de outras consequências que podem ser previstas nos respectivos acordos em controle de concentração.<sup>59</sup>

Como a revogação de ato administrativo é medida privativa da própria administração, veda-se à solução arbitral a emissão de pronunciamento com essa determinação, tendo em vista que a revogação não pode ser objeto de decisão jurisdicional (NOHARA, 2020, p. 230).

Mais do que isso, tomada a decisão pelo Cade relativamente à aprovação da decisão com o estabelecimento de condicionantes e/ou à verificação de eventual descumprimento de uma das condições assumidas pelas compromissárias no caso concreto, o seguir do procedimento exigiria apenas o cumprimento do pronunciamento da autarquia. Portanto, não seria possível submeter aquilo que já fora decidido pelo Cade a outro juízo decisório – o arbitral, no caso –, sob pena de retirar a força normativa das decisões da autarquia, subtraindo aquilo que fora objeto da “fase de conhecimento” (como se a execução que lhe segue se assemelhasse à execução no processo civil) e de desvirtuar as orientações já definidas pelo Cade, as quais aos particulares cabe apenas executar.

Posterior submissão ao juízo arbitral poderia, também, fazer com que o Cade, com o tempo, tendesse a relegar ao árbitro ou ao tribunal arbitral aspectos relativos à fiscalização dos acordos em controle de concentração, o que, sem dúvidas, representaria uma delegação – ainda que indireta – do poder de polícia que pertence unicamente à autarquia, além de reduzir o grau de vinculação dos particulares às decisões do Cade.

Afora a atividade decisória e o poder de coerção, outras atribuições acessórias a elas, preparatórias, instrumentais, incrementais ou de suporte, podem ser realizadas por particulares (MARQUES NETO, 2000, p. 70).

Klein (2014, p. 208) menciona que, em princípio, a atribuição a entidades privadas de atividades preparatórias de decisão administrativa dependeria de expressa autorização legal. Contudo, pode ser interessante a colaboração da administração pública com entidades privadas para o desenvolvimento de atribuições específicas, como a elaboração de pareceres e laudos técnicos, o que não seria vedado, considerando-se inclusive que a administração pode não dispor de condições materiais e técnicas suficientes para o desempenho direto dessas atividades (KLEIN, 2014, p. 209).

Nesse sentido, o §1º do art. 52 da Lei nº. 12.529/11 prevê que, na fase de fiscalização do cumprimento dos compromissos, a Superintendência pode se valer de todos os poderes instrutórios que lhe são assegurados na Lei.<sup>60</sup>

Ao mesmo tempo, o § 7º do art. 125 do Regimento Interno do Cade dispõe que a autarquia

59 Ex.: no caso ACL/Bromisa, o Cade se reservou ao direito de rever a aprovação da operação diante do descumprimento da obrigação de não adotar condutas discriminatórias pelas compromissárias (cláusula 3.2); ao mesmo tempo, na hipótese de recusa ou atraso no fornecimento das informações ao Cade, as compromissárias sujeitam-se à multa diária (cláusula 3.3). Também, no caso Ceitp/Bovespa, no ACC constou previsão de multa diária para o descumprimento dos compromissos assumidos (cláusula 6.1).

60 § 1º Na fase de fiscalização da execução das decisões do Tribunal, bem como do cumprimento de compromissos e acordos firmados nos termos desta Lei, poderá a Superintendência-Geral valer-se de todos os poderes instrutórios que lhe são assegurados nesta Lei (BRASIL, 2011).

poderá, a seu juízo de conveniência e oportunidade, determinar que atividades relacionadas ao cumprimento do ACC sejam realizadas por empresas de consultoria ou de auditoria, ou outra instituição independente, às expensas das compromissárias.<sup>61</sup>

Sendo esse o cenário, entende-se que seria possível a utilização da “arbitragem” (não vinculante) nos moldes estruturados nos casos ICL/Bromisa, ALL/Rumo e Tam/Iberia/British Airways, em que a função do particular restringia-se à formação de opinião técnica sobre a questão a ele submetida, para embasar a posterior decisão ser tomada pelo Cade. Aqui, por óbvio, a participação de particulares seria anterior à tomada de decisão pela autarquia acerca do cumprimento ou não dos termos do acordo – e não representaria novo juízo decisório quanto ao adimplemento dos compromissos assumidos pelos particulares.

Isso porque a emissão de parecer consultivo acerca do cumprimento dos termos do acordo enquadra-se como atividade relacionada ao cumprimento do ACC. Também, a Superintendência poderia livremente exercer essa atribuição, dado tratar-se do exercício do poder instrutório – e não decisório.

Outra justificativa encontra-se na dificuldade de o Cade realizar inteiramente as atividades destinadas ao monitoramento do cumprimento dos acordos. Como já apontado, a necessidade de participação dos particulares na fiscalização das empresas em concentração decorre, entre outros fatores, da reduzida estrutura da autoridade concorrencial em comparação à complexidade dos mercados sobre os quais incide o monitoramento (VERÍSSIMO, 2017, p. 334).

Portanto, na condição de atribuição acessória e preparatória da decisão sobre o cumprimento ou não da condicionante imposta – a qual pertence unicamente ao Cade –, a formulação de parecer ou a realização de análise prévia para o fim de aferir o adimplemento da obrigação pelas empresas em concentração pode perfeitamente ser realizada por particulares, sem que isso implique a abdicação do poder conferido pela sociedade à administração pública (MARQUES NETO, 2000, p. 76).

Foi por essa razão que alegamos que, quanto mais a previsão de arbitragem nos acordos em controle de concentração se aproximava da arbitragem prevista na Lei nº. 9.307/96 – porque vinculante às partes, irrecorível e institucional –, mais se demonstrava inadequada a utilização desse procedimento no contexto dos ACC.

A decisão acerca do cumprimento dos termos do acordo é de competência indelegável do Cade, a ser proferida no âmbito de um processo administrativo, instituído no exercício da atividade administrativa essencial do Cade e legalmente atribuída à autarquia. Essa é a lógica que justifica defender que a “arbitragem” dos primeiros ACC – aqui lida como a atribuição ao particular da tarefa de elaborar parecer consultivo de apoio à decisão do Cade – é a única estrutura possível de ser inserida como instrumento de monitoramento do cumprimento dos acordos.

Diante de todo o exposto, a autarquia estaria obrigatoriamente vinculada à decisão que constata o cumprimento ou o descumprimento de uma das condições impostas no ACC, pois é a única com competência para proferi-la.

## **7.2. A incompatibilidade entre a arbitragem da Lei nº. 9.307/96 e a atividade administrativa**

<sup>61</sup> § 7º O Cade, a seu juízo de conveniência e oportunidade, poderá determinar que atividades relacionadas ao cumprimento do ACC sejam realizadas por empresas de consultoria ou de auditoria, ou outra instituição independente, às expensas da(s) compromissária(s) (BRASIL, 2021).

Do ponto de vista do procedimento, observa-se que existem diferenças inconciliáveis entre a arbitragem como jurisdição e a atividade administrativa exercida na fiscalização do cumprimento dos acordos em controle de concentração.

A arbitragem prevista na Lei nº. 9.307/96 possui como fundamento a autonomia da vontade, impondo que as partes elejam de forma consensual a arbitragem como método de resolução da controvérsia (AMARAL, 2014, p. 122).<sup>62</sup> É essa livre manifestação de vontade que “terá o efeito de afastar a possibilidade de a disputa ser resolvida pelo Poder Judiciário” (AMARAL, 2014, p. 122).

Como consequência, “na falta de disposições que afirmem expressamente estas restrições de acesso ao Judiciário [...] não poderá o intérprete, ainda mais em contraposição com a Constituição Federal, presumi-las (art. 5º, XXXV, CF)” (ARAGÃO, 2004, p. 130). No mais, essa autonomia também se reflete na possibilidade de escolha de lei aplicável, de idioma, de prazos, etc (ARAGÃO, 2004, p. 130).

No caso do procedimento previsto nos acordos em controle de concentração, as partes não se submetem voluntariamente ao método de resolução de conflitos. O concorrente entrante que, por exemplo, pretende obter decisão acerca de se a contratação de prestação de serviço de transporte ferroviário ocorreu de forma discriminatória, no caso ALL/Rumo, tem como meio para tanto a arbitragem, decorrente da imposição extraída de uma relação negociada que não o incluiu.

Não só, nos casos Cetip/Bovespa e AT&T/Warner, o Cade e as compromissárias chegaram a acordo inclusive sobre a câmara arbitral cujo regulamento seria aplicável ao procedimento, de forma que do terceiro, particular, que pretende buscar esclarecimento ou solução para o tratamento discriminatório que o atingiu, foi retirada a possibilidade de decisão acerca de aspectos essenciais do procedimento arbitral.

Por outro lado, a arbitragem como jurisdição destina-se a resolver conflitos no lugar dos litigantes, aplicando-os a solução prevista no sistema jurídico (WAMBIER; TALAMINI, 2016a), ao passo em que o Cade, ao decidir pelo cumprimento ou não do acordo, busca especialmente “proteger e ampliar a concorrência e o atendimento aos princípios do serviço público” (ARAGÃO, 2004, p. 132).

Nesse sentido, é significativa a distinção entre o acordo em controle de concentração, no âmbito do Cade, e o procedimento arbitral para resolução de conflito entre os particulares. O desenvolvimento de tratativas entre o Cade e os concorrentes ocorre no bojo de um processo administrativo, o qual “não tem por escopo único e final atuar concretamente o ordenamento jurídico, mas sim desenvolver outras atividades de consecução do interesse da coletividade” (WAMBIER; TALAMINI, 2016b).

No caso dos acordos em controle de concentração, o processo administrativo origina-se de iniciativas das empresas que buscam a aprovação da operação de concentração da qual participa (FORGIONI, 2016, p. 157). Por meio dele, objetiva-se estabelecer condições para que o ato de concentração seja aprovado, mediante a utilização de “cláusulas que visem a eliminar os efeitos

62 Embora grande parte da doutrina mencionada nesse subponto verse sobre a atuação das agências reguladoras, reconhece-se a distinção do Cade, na condição de autarquia, dessas instituições. Como primeiro ponto, menciona-se que o Cade protege o direito de livre iniciativa e de livre concorrência de forma geral, a compreender todos os mercados econômicos, ao passo em que agência reguladora pode ter, entre suas atribuições, a tutela do direito da concorrência de forma específica, em alguns mercados, cujas características envolvem um perfil estrutural refratário à livre concorrência e que, por isso, exige a construção de leis voltadas à regulação econômica setorial (conforme Dutra (2002)). Ademais, o Cade estrutura-se como autarquia e as agências reguladoras como autarquias especiais, dotadas de maior autonomia em relação às não especiais. Apesar disso, acredita-se na relevância das referências mencionadas ao caso, porque ambas são pessoas jurídicas de direito público, integrantes da administração indireta, o que lhes atribui uma série de deveres semelhantes, a justificar a aproximação realizada.



nocivos à ordem econômica” (FORGIONI, 2016, p. 442). Isso, com o fim de atender ao interesse público (FORGIONI, 2016, p. 442) na proteção da ordem econômica e da concorrência entre os agentes de mercado.

De forma diversa, a arbitragem, por qualificar-se como jurisdição (CARMONA, 1990, p. 37),<sup>63</sup> detém como finalidade precípua atuar concretamente o ordenamento jurídico.

Ademais, não há – e nem poderia existir, dada a ausência de voluntariedade do terceiro na escolha do procedimento arbitral – a obrigatoriedade de o prejudicado buscar o reconhecimento da ocorrência de tratamento discriminatório na arbitragem. Dessa forma, o terceiro “naturalmente, poderá simplesmente deixar de acionar a Administração Pública e dirigir-se diretamente ao Poder Judiciário, já que em dispositivo algum o processo arbitral administrativo é colocado como obrigatório” (ARAGÃO, 2004, p. 130).

Vale destacar que também não há indicação na regulamentação formulada nos acordos em controle de concentração da intenção de que a decisão arbitral – nos casos em que se coloca como vinculante para as partes – seja definitiva. Afinal, o Cade não se vincula, mesmo na hipótese de arbitragem de natureza jurisdicional, aos termos do pronunciamento arbitral.

Os ACC dos casos Cetip/Bovespa e AT&T/Warner mantém a competência do Cade para declarar o inadimplemento total do acordo em controle de concentração (BRASIL, 2017b) e para rever os termos do acordo (BRASIL, 2017c), em razão do descumprimento dos compromissos assumidos pelas empresas em concentração. Ou seja, a despeito de qual seja pronunciamento do tribunal arbitral, a palavra final sobre o descumprimento do acordo a ponto de suscitar sua revisão ou a reprovação da operação é da autarquia. Não só, como as decisões da autoridade antitruste estão amplamente sujeitas ao controle judicial (FORGIONI, 2016, p. 163), pode sempre haver posterior manifestação do Poder Judiciário sobre eventuais violações aos termos do acordo.

Sendo assim, não há indicação de que se “queira que esta “arbitragem” administrativa, atípica, tenha caráter de definitividade frente ao Poder Judiciário, em outras palavras, que equipare o seu regime ao da Lei de Arbitragem, sem que as partes sequer tivessem firmado um compromisso arbitral prévio” (ARAGÃO, 2004, p. 130).

As significativas diferenças expostas entre a arbitragem regulamentada pela Lei nº. 9.307/96 e sua homônima, prevista nos acordos em controle de concentração, culminam na conclusão de que o método de reforço de monitoramento do Cade trata-se, em verdade, de exercício de atividade administrativa exclusiva da autarquia.

Como consequência, não é adequada a previsão de arbitragem cuja decisão seja vinculante entre as partes, irrecorrível e oriunda da aplicação do regulamento de determinada câmara arbitral privada.

Veja-se que, com tudo isso, não se quer dizer que não seria possível a intuição de arbitragem em razão do conteúdo da decisão a ser tomada pelo tribunal arbitral, no sentido de que o direito antitruste, enquanto matéria de ordem pública, afastaria a possibilidade de subsubção da controvérsia à arbitragem (ARAGÃO, 2010, p. 81). Primeiro, porque as normas de ordem pública podem ser objeto de julgamento pelo tribunal arbitral, que somente não está autorizado a violá-las ou contrariá-las

---

63 Wambier e Talamini (2016b) explicam que a arbitragem pode ser entendida como jurisdição se esse vocábulo for utilizado para descrever a função de solucionar conflitos mediante a intervenção de um terceiro imparcial. No entanto, caso jurisdição seja conceituada como expressão da soberania estatal, a arbitragem escapa a esse conceito.

(ARAGÃO, 2010, p. 81). Segundo, porque o que se pretende questionar é a própria natureza jurídica do poder de decisão dentro do monitoramento do acordo em controle de concentração. Sendo atividade administrativa, e apresentando a jurisdição atribuições com ela incompatíveis, afasta-se a possibilidade de instituição da arbitragem submetida aos ditames da Lei nº 9.307/96.

## 8. CONCLUSÕES

Como se pretendeu demonstrar, a decisão do litígio entre as empresas em concentração e os concorrentes supostamente atingidos por práticas anticoncorrenciais, porque compreende a análise do cumprimento ou não do acordo em controle de concentração, insere-se no escopo do poder de polícia concorrencial do Cade, que deve exercê-lo no íter da atividade administrativa que lhe é própria.

Na qualidade de autarquia, o Cade exerce atividades típicas do Estado, que lhe foram atribuídas num processo de descentralização das funções estatais. Como consequência, o poder decisório inserido no âmbito dos acordos em controle de concentração não pode ser transferido a particulares, pois é insuscetível de ser exercido sob o regime de direito privado.

No mais, falta ao procedimento arbitral estipulado pelo Cade em conjunto com as empresas em concentração a voluntariedade característica da arbitragem da Lei nº 9.307/96, tendo em vista que o concorrente atingido por práticas discriminatórias não participa da escolha da arbitragem como mecanismo de reforço ao monitoramento, bem como fica alheio às decisões a respeito das características incorporadas ao procedimento arbitral.

Ao mesmo tempo, o exercício da atividade administrativa pela autarquia não visa apenas a aplicação do direito ao caso concreto – como o faz a jurisdição –, para resolver a questão do cumprimento ou não dos termos do acordo pelos compromissários, cabendo também ao Cade proteger a ordem econômica e garantir a concorrência entre os agentes de mercado.

Também, a adoção, pelo particular, da arbitragem como método de resolução não é obrigatória, porque não voluntária, bem como o procedimento previsto nos acordos não possui característica de definitividade, já que não vincula a autarquia aos termos de sua decisão.

Todas essas diferenças em relação à arbitragem como jurisdição contribuem – tanto quanto a impossibilidade de transferência do poder decisório para particulares – para a conclusão de que é incabível a arbitragem da Lei nº 9.307/96 como método de reforço ao monitoramento dos acordos em controle de concentração.

Entretanto, dada a complexidade que envolve a fiscalização da implementação dos remédios comportamentais, é possível que sejam transferidas a terceiros, particulares, atividades acessórias à tomada de decisão quanto ao cumprimento dos termos do acordo, como a elaboração de parecer ou estudo prévio objetivando embasar a decisão da autarquia acerca da prática de condutas discriminatórias por parte das empresas em concentração.

Justamente em razão disso, o procedimento estruturado nos casos ICL/Bromisa, ALL/Rumo e Tam/Iberia/British Airways, no qual à manifestação do particular foi atribuído caráter consultivo, preparatório da decisão do Cade, pode ser adotado como forma de reforço ao monitoramento da autarquia. Por outro lado, a arbitragem de natureza jurisdicional, prevista nos acordos dos casos Cetip/Bovespa e AT&T/Warner não é cabível no âmbito do exercício da função administrativa pelo Cade.



## 9. REFERÊNCIAS

- AMARAL, Paulo Osternack. Arbitragem no âmbito das agências reguladoras. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, São Paulo, v. 2, n. 7, p. 119-125, abr. 2014.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Arbitragem e regulação. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 27, p. 70-102, out./dez. 2010.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos: regulação para concorrência. In: GUERRA, Sérgio (coord.). **Temas de direito regulatório**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.
- BACHA, Maria Gabriela Castanheira. Função do Cade no controle de estruturas: uma análise dos acordos em controle de concentração. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 23, n. 2, p. 432-447, 2017
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47**. Relatora: Ana Frazão, 10 de dezembro de 2014.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65**. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, 25 de fevereiro de 2015.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.004211/2016-10**. Relator: João Paulo de Resende, 03 de março de 2017a.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11**. Relator: Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, 22 de março de 2017b.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14**. Relator: Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, 18 de outubro de 2017c.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Regimento Interno do Cade**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2021.
- BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília: Presidência da República, 1996.
- BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96**. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Atlas, 2009.
- CASTRO, Ramsés Maciel de. **Controle dos atos de concentração de empresas no Brasil**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.
- CAVALCANTI, Rodrigo de Camargo. Acordos em controle de concentrações e o instituto da arbitragem. **Revista de Defesa da Concorrência, Brasília**, v. 3, n. 2, p. 28-45, nov. 2015.
- DUTRA, Pedro. Concorrência em mercado regulado: A ação da ANP. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 229, p. 332-359, jul./set. 2002.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Arbitragem**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- HAJAR, Yasmine Nemer. **A arbitragem como remédio antitruste para o controle de estruturas**. 2018.

Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 4. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2016. Livro eletrônico.

KLEIN, Alice Lícia. **Exercício de atividades de polícia administrativa por entidades privadas**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A contratação de empresas para suporte da função reguladora e a “indelegabilidade do poder de polícia”. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 32, p. 65-82, 2000.

MARRARA, Thiago. Acordos no direito da concorrência. *In*: OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de (coord.); BARROS FILHO, Wilson Accioli (org.). **Acordos administrativos no Brasil: teoria e prática**. São Paulo: Almedina, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

NOHARA, Irene. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Policy Roundtables: Remedies in Merger Cases**. Paris: OCDE, 2012.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Os acordos administrativos na dogmática brasileira contemporânea. *In*: MOREIRA, Antônio Júdice *et al.* (coord.). **Mediação e arbitragem na Administração Pública: Brasil e Portugal**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 103-113.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; FELIPPE, Juliana Gil. Remédios do antitruste e efetividade do direito concorrencial. **Revista de Análise Econômica do Direito**, São Paulo, v. 1, jan./maio 2021.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e a tutela provisória no Código de Processo Civil de 2015. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, ano 12, v. 46, p. 287-313, jul./set. 2015.

VAZ, Isabel. O Poder Judiciário e a aplicação da Lei antitruste. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). **Estudos em homenagem ao Ministro Adhemar Ferreira Maciel**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 297-314.

VERÍSSIMO, Levi Borges de Oliveira. Análise da efetividade da arbitragem como meio de monitoramento de remédios antitruste na jurisprudência do Cade. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 23, n. 2, p. 331-346, 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: vol. I**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Livro eletrônico.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: vol. II**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Livro eletrônico.

#### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

FUCKNER, Mariana. A arbitragem no controle de estruturas como mecanismo de reforço ao monitoramento do Cade: cabimento e vinculação da autarquia. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 137-162, 2022.



# 9

## DESAFIOS CONCORRENCIAIS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: A MODALIDADE DE DIÁLOGO COMPETITIVO

Competitive challenges of the new bidding law: the competitive dialogue procedure

Eduarda Militz Santos<sup>2</sup>

Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) - Santa Catarina/SC, Brasil

### RESUMO ESTRUTURADO

**Contexto (facultativo):** O presente trabalho localiza-se no contexto de transição entre o antigo e o novo regime geral de licitações e contratos administrativos, promulgada em 1º de abril de 2021, a Lei nº 14.133/2021.

**Objetivo:** O trabalho pretende identificar possíveis desafios concorrenciais decorrentes da modalidade de diálogo competitivo trazida pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos e evidenciar pontos de atenção para o controle de condutas anticompetitivas.

**Método:** Método dedutivo.

**Conclusões:** O Diálogo Competitivo está sujeito a práticas já conhecidas de cartéis em licitações, como a retirada ou cobertura de propostas e as promessas de subcontratação. Para além da possibilidade de cartelização, o desenho jurídico da modalidade também aponta para o risco de troca de informações sensíveis entre os licitantes e para o risco de direcionamento da contratação.

**Palavras-chave:** diálogo competitivo; licitação; concorrência; cartel; administração pública.

### STRUCTURED ABSTRACT

**Context (optional):** This work is located in the context of transition between the old and the new general regime of public procurement and administrative contracts.

**Objective:** This work intends to identify possible competitive challenges arising from the modality of competitive dialogue brought about by the New Law on Administrative Public Procurement and Contracts and to highlight points of attention for the control of anticompetitive conduct.

**Editor responsável:** Prof. Dr. Luis Henrique Bertolino Braido, Fundação Getúlio Vargas (FGV/RJ), Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

**ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

**Recebido em:** 20/10/2022

**Aceito em:** 02/12/2022

**Publicado em:** 14/12/2022

2 Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Intercambista na 41ª edição do programa de intercâmbio do Cade (PinCade). Estagiária no escritório Schiefler Advocacia. **E-mail:** [eduardamilitz@gmail.com](mailto:eduardamilitz@gmail.com); **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/2596246716429674>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-1312-382>.

**Method:** Deductive method

**Conclusions:** Competitive Dialogue is subject to well-known practices of bid rigging, such as the withdrawal or coverage of bids and promises of subcontracting. In addition to the possibility of cartelization, the legal design of the modality also points to the risk of exchanging sensitive information between bidders and to the risk of directing the contract.

**Keywords:** competitive dialogue; bidding; competition; cartel; public administration.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Diálogo competitivo na nova lei de licitações; 3. Condutas colusivas em licitações públicas. Características e peculiaridades; 3.1. Características facilitadoras de cartéis em licitações; 4. Condutas colusivas no âmbito do Diálogo Competitivo; 4.1. Cartelização de licitantes; 4.2. Troca de informações sensíveis entre competidores; 5. Conclusão; 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 institui como regra a realização de licitações para a contratação de bens e serviços pela Administração Pública (art. 37, XXI). As licitações são, em suma, concursos realizados pelo Estado com vistas a selecionar a melhor proposta para suprir determinada necessidade administrativa, com base no preço e/ou na técnica do ofertante (MELLO, 2015). Em outras palavras, os particulares competem entre si pela oportunidade de fornecer serviços ou produtos ao Estado brasileiro.

Nesse sentido, o ano de 2021 representa um importante marco temporal para as contratações públicas brasileiras, materializado na promulgação de um novo instrumento legislativo para disciplinar as compras públicas: a Lei nº 14.133/2021. A Nova Lei de Licitações foi sancionada em 1 de abril de 2021, tornando-se o novo diploma geral sobre licitações e contratos administrativos (BRASIL, 2021). Conforme justificção constante no Relatório Final apresentado pela Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993) – CTLICON ao Senado Federal (BRASIL, 2013), a Lei apresenta-se como uma compilação dos diplomas legais anteriormente existentes sobre o assunto, acrescida de algumas inovações.

Uma destas inovações é a modalidade de licitação intitulada “Diálogo Competitivo”. Com forte inspiração no *Competitive Dialogue* existente na União Europeia (Diretiva 2004/18/CE e Diretiva 2014/24/UE) (EUROPA, 2004; 2014), esta nova modalidade permite maior interação entre os licitantes e a Administração Pública durante o curso do processo licitatório.

Em que pese a modalidade configure um importante avanço nas compras públicas brasileiras, em especial para contratações complexas e inovadoras, a flexibilidade do procedimento levanta preocupações, especialmente em países com forte histórico de corrupção.

Da perspectiva essencialmente concorrencial, a análise sobre as compras públicas brasileiras realizada pela OCDE (OCDE, 2021a) apontou que, no ano de 2020, o Brasil investiu cerca de R\$ 35,5 bilhões em contratações de bens, serviços e obras. Os altos fluxos financeiros aplicados à contratação de particulares tornam as compras públicas expostas a riscos de conluio entre fornecedores, majoração arbitrária de preços e fraudes em licitações. Além disso, por se tratar de crime contra a Administração Pública, os danos decorrentes de fraudes em licitações são sentidos por toda a



coletividade e afetam diretamente os cofres públicos.

Nesse sentido, o presente artigo dedica-se a avaliar os desafios trazidos pelo Diálogo Competitivo sob a ótica concorrencial, com enfoque em condutas colusivas entre licitantes.

Para cumprir com o objetivo proposto, o artigo se subdivide em 4 partes. Feita esta introdução inicial, o primeiro tópico (item 1) dedica-se a analisar a estrutura jurídica do diálogo competitivo na legislação brasileira, com foco em suas características e regramentos. Após a compreensão sobre o procedimento estudado, passa-se à compreensão das características e peculiaridades das condutas colusivas no âmbito das contratações públicas (item 2). Na sequência, serão analisadas as características facilitadoras da formação de cartéis em licitações (item 2.1), especialmente com base na experiência nacional e internacional de autoridades concorrenciais. Após, será feita a identificação das possibilidades de incentivo à formação de cartéis no âmbito do Diálogo Competitivo (item 3). Ao final, o trabalho se encerra com as considerações finais a respeito da análise realizada (Conclusão).

Espera-se que o presente trabalho possa lançar luz às possíveis adversidades enfrentadas na aplicação desta nova modalidade licitatória, com vistas a possibilitar o preparo dos órgãos licitantes e o melhor proveito dos diálogos competitivos com os particulares, assim como prevenir os órgãos de controle dos pontos de atenção eventualmente identificados.

## 2. DIÁLOGO COMPETITIVO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) trouxe a unificação dos diplomas normativos a respeito das contratações públicas brasileiras, bem como algumas inovações nas possibilidades de contratação pela Administração. Como já mencionado, a modalidade de Diálogo Competitivo é uma dessas novidades (BRASIL, 2021).

Inédita no Brasil, a modalidade apresenta-se como uma manifestação da democratização do exercício do poder detido pela Administração Pública, permitindo maior participação dos cidadãos na condução das atividades administrativas e facilitando a construção de soluções cooperativas (JUSTEN FILHO, 2021). Conforme definição trazida pela própria Lei nº 14.133/2021, o diálogo competitivo é a “modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos” (art. 6º, inciso XLII).

O Diálogo Competitivo se justifica, entre outros motivos, pela assimetria informacional existente entre o poder público e o mercado privado. Isso porque o mercado possui, naturalmente, maiores informações sobre as soluções existentes e possibilidades de resolução de demandas administrativas, de modo a possibilitar um planejamento preciso da contratação. É por este motivo, por exemplo, que a pesquisa de mercado é uma etapa obrigatória na fase de planejamento das licitações públicas.

Outras modalidades, como o Procedimento de Manifestação de Interesse e a Manifestação de Interesse Privado já previam o diálogo do ente contratante com entes privados<sup>3</sup>. Contudo, nestas modalidades, o contato com entes privados se dava na chamada “fase interna” da contratação, antes

<sup>3</sup> Sobre as diferenças entre o Procedimento de Manifestação de Interesse, a Manifestação de Interesse Privado e o diálogo competitivo, ver: Aragão (2021).

de qualquer seleção de licitante. O mesmo não ocorre no Diálogo Competitivo.

A nova modalidade é destinada às hipóteses em que a Administração Pública, quando colocada perante um problema a ser resolvido, não sabe qual a solução adequada para resolvê-lo. Para que o diálogo competitivo seja aplicado, o objeto a ser contratado deve envolver (i) inovação tecnológica ou técnica, (ii) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado e (iii) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração (art. 32, inciso I da Lei nº 14.133/2021). A modalidade também pode ser aplicada quando houver necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer as necessidades administrativas, especialmente quanto a solução técnica mais adequada, os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida e/ou a estrutura jurídica ou financeira do contrato (art. 32, inciso I da Lei nº 14.133/2021).

Dito de outro modo, o diálogo competitivo apresenta-se como um misto de fase interna e externa da licitação (ARAGÃO, 2021), ao integrar as etapas de desenvolvimento e de contratação do objeto licitado. A modalidade divide-se em três etapas: a fase de pré-qualificação, a fase de diálogo e a fase de competição (ARAGÃO, 2021). A primeira e a última fase (qualificação e competição) seguem critérios rígidos estabelecidos pelo artigo 32 da Nova Lei de Licitações e tradicionalmente aplicados nas modalidades de licitação já consagradas (OLIVEIRA, 2021). A verdadeira novidade encontra-se na fase de diálogo, ponto de maior destaque para o presente artigo.

A fase de diálogo tem início após encerrada a pré-seleção dos licitantes, realizada na etapa de qualificação inicial. Aqui se observa uma das importantes características dessa modalidade licitatória, visto que “a fase negocial do diálogo competitivo se desenvolve já durante o curso do próprio procedimento licitatório” (ARAGÃO, 2021, p. 58).

As negociações realizadas entre Estado e licitantes são sigilosas, embora registradas em áudio e vídeo para controle posterior (art. 32, §1º, inciso VI). Além disso, a Administração não pode revelar a outros competidores as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento (artigo 32, §1º, inciso IV). Outras definições poderão ser feitas pelo próprio edital licitatório, como a possibilidade de licitar em consórcio (art. 15) e os limites para subcontratação (art. 122).

Outra diferença significativa da modalidade é a existência de dois editais para a licitação: um edital de convocação para a fase de diálogo, e outro edital para a abertura da fase competitiva.

Nesta modalidade, lança-se um Edital inicial contendo as necessidades e exigências definidas pela Administração Pública, com prazo mínimo de 25 dias úteis para manifestação de interesse na participação da licitação. Os interessados passarão, então, pela etapa de pré-habilitação, destinada à avaliação prévia e parcial das condições de participação. Os candidatos pré-habilitados darão início, enfim, à etapa de diálogo e planejamento com a Administração Pública.

A fase de diálogo será mantida até que seja encontrado um projeto capaz de atender ao objeto licitado. Quando o projeto for definido, a partir das soluções propostas pelos licitantes, a Administração deverá declarar concluída da fase de diálogo e instruir o processo administrativo com todas as informações produzidas na etapa, bem como com as gravações dos diálogos realizados.

É importante destacar que a Lei não estabelece prazo limite para a realização da fase de diálogo. A etapa de diálogo “poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada,



identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades” (art. 32, §1º, V da Lei nº 14.133/2022).

Por fim, será elaborado novo Edital, com a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa. A partir deste segundo Edital, os licitantes que participaram da etapa de diálogo terão, então, novo prazo, de no mínimo 60 dias úteis, para elaborar e apresentar suas propostas comerciais com vistas à celebração do contrato administrativo.

Feitas estas considerações iniciais sobre a modalidade, passa-se agora a abordar os desafios concorrenciais trazidos pelo diálogo competitivo, notadamente no que tange à coordenação entre os licitantes.

### 3. CONDUITAS COLUSIVAS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS. CARACTERÍSTICAS E PECULIARIDADES

Os cartéis são caracterizados como acordos entre competidores com o objetivo de reduzir a concorrência no mercado, em especial por meio da combinação de preços, clientes e/ou produtos, mas preservando a autonomia administrativa e financeira das empresas (FORGIONI, 2015). A vedação à conduta colusiva no âmbito de contratações públicas encontra previsão específica no artigo 36, §3º, inciso I, alínea ‘d’ da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011).

A concorrência em contratações administrativas, por sua vez, possui peculiaridades e características próprias. Isso porque o próprio sistema de compras públicas opera de modo peculiar e diferente do livre mercado. É por este motivo que se diz que, nas licitações, a competição acontece pelo mercado, e não *no* mercado.

Em razão destas peculiaridades, as formas de estruturação e atuação de cartéis em contratações públicas também possuem características próprias. Exemplo desta singularidade é retratada por Santos e Souza

*A dinâmica do cartel em licitações tem uma peculiaridade em relação ao cartel clássico, que é a impossibilidade de total controle dos lances ofertados por cada licitante no certame. Isso significa que a coordenação entre os agentes leva à prévia escolha do vencedor, mas não tem poder sobre a oferta dos lances que os participantes do cartel darão. Em virtude dessa possibilidade de burla do acordo previamente estabelecido, os mecanismos de alinhamento entre os participantes do cartel são fixados anteriormente ao certame e são aqueles que apontam incontestavelmente a existência do cartel. Por isso, o elemento mais importante de um cartel em licitações nem sempre é o controle dos preços, mas sim, evitar que outras empresas participem da licitação de forma competitiva e/ou não cartelizada [...] (SANTOS; SOUZA, 2016, p. 90)*

Os efeitos das condutas colusivas no âmbito das contratações públicas também são sofridos de modo distinto dos ilícitos concorrenciais tradicionais. No caso dos cartéis em licitações, o dano decorrente do ilícito concorrencial atinge a própria Administração Pública, e não os consumidores

individualmente, de modo que os prejuízos são absorvidos pela sociedade de maneira coletiva. Nesse sentido, Braga destaca que:

*Nos cartéis em licitações, a facilitação tem por escopo extrair a maior renda possível da Administração Pública sem a interferência de concorrente distribuindo à sociedade a perda de bem-estar decorrente do cartel. Nesse contexto, os danos sociais oriundos dos cartéis em licitações são maiores que os dos cartéis clássicos, pois quem paga os lucros exorbitantes dos cartelistas são os cidadãos contribuintes (BRAGA, 2015, p. 155).*

Em termos práticos, segundo a OCDE, os cartéis geram um sobrepreço estimado de 10% a 20% do preço aplicado em mercados competitivos (OCDE, 2002). Contudo, especificamente no cenário brasileiro, conforme parecer realizado pelo Departamento de Estudos Econômicos do Cade no âmbito do processo nº 08012.009611/2008-51, chegou-se a apurar um sobrepreço de 25% do produto analisado (portas de segurança giratórias) em licitação pública nacional. Dito isso, e considerando que no ano de 2020 o Brasil despendeu R\$54,85 bilhões de reais em contratações públicas federais (BRASIL, 2020), fica evidente a magnitude do impacto financeiro causado por condutas anticompetitivas adotadas por licitantes. Com estes dados, não é difícil perceber por que conluíus em licitações públicas são considerados a maior ameaça à receita administrativa relacionada a compras públicas (MARSHALL; MARX, 2012).

Os cartéis, tradicionalmente, dedicam-se a “coordenar as decisões estratégicas no tocante a variáveis relevantes do ponto de vista concorrencial” (POSSAS, 2002, p. 119). Em especial, destacam-se os elementos de preço, quantidade e qualidade. O mesmo se verifica em conluíus licitatórios. Contudo, as estratégias para atuação de conduta coordenada em contratações públicas são próprias deste tipo de cartelização.

Uma prática comum e marcante dos cartéis em licitação são os chamados “knockouts”, que consistem em leilões internos e privados, realizados pelos membros do cartel antes da licitação. Nestas reuniões, os licitantes decidem quem será o ganhador da contratação pública e quanto deverá ser repassado aos outros integrantes (MCAFFEE; MCMILLAN, 1992, p. 179; 187). Feita esta seleção, resta aos concertantes garantir que o integrante selecionado sairá, de fato, vitorioso no certame licitatório.

A OCDE, em estudo especializado sobre o tema, elencou 4 principais formas de colusão em contratações públicas, consideradas as estratégias mais comuns adotadas pelos concertantes (OCDE, 2012). O que todas estas estratégias têm em comum é o objetivo de simular uma competição entre os licitantes, com vistas a disfarçar a conduta ilícita do cartel. Em verdade, os esforços para disfarçar a conduta ilícita exigem grande empenho dos participantes, levando à conseqüente necessidade de incremento das técnicas de persecução pelas autoridades concorrenciais (ARAUJO; CHEDE, 2012, p. 226).

A chamada “Proposta de Cobertura” é considerada a forma mais comum de coordenação de conluíus entre licitantes (OCDE, 2012; BRASIL, 2019, p. 33). Esta estratégia consiste na apresentação de propostas falsas por parte dos licitantes cartelizados, com vistas a conferir aparência de competição entre os concorrentes e, ao mesmo tempo, garantir a vitória do concertante selecionado pelo cartel. Estas propostas costumam se enquadrar em 3 hipóteses: (i) a proposta é sabidamente mais elevada do que a proposta do candidato escolhido para vencer o certame; (ii) a proposta contém condições que são inaceitáveis para o comprador ou (iii) a proposta contém valor inaceitável (sobrepreço ou



valor inexecuível) (BRASIL, 2019). A prática era implementada, por exemplo, pelo chamado “Cartel dos Radares”, punido pelo CADE no âmbito do processo nº 8012.008184/2011-90.

De modo contrário, a “Supressão de Proposta” ou “Retirada de proposta” é o ato de os integrantes do cartel absterem-se de participar o certame, ou então de retirarem as propostas já apresentadas, de modo a permitir a vitória do integrante escolhido. Sem concorrência, o ator escolhido fica livre para ganhar a licitação com excessiva margem de lucro. A título exemplificativo, esta prática foi considerada ilícita pelo Cade no processo nº 08012.003931/2005-55, em conluio licitatório para a aquisição de ambulâncias.

Tem-se também a “Rotação de Propostas” ou “Rodízio”, que consiste na alternância de vencedor entre os integrantes do cartel. Assim, os conspiradores revezam a posição de vencedor do certame, seja para diferentes lotes de uma mesma licitação, seja para diferentes licitações (BRASIL, 2019, p. 40). Esta estratégia foi implementada pelo Cartel de Vigilância, no Rio Grande do Sul. No caso, os concertantes realizavam reuniões semanais para acordar os resultados dos lances nos pregões. A prática foi punida pelo Cade no âmbito do processo administrativo nº 08012.001826/2003-10.

Por fim, a estratégia de “divisão de mercado” assemelha-se à supressão de propostas, mas com base no critério geográfico ou de clientela. Neste tipo de cartelização, os integrantes do conluio combinam a repartição do mercado, de modo que cada concertante deve contratar apenas com a parte que lhe cabe, deixando as demais para os outros integrantes do cartel. A divisão pode ser feita, por exemplo, “sobre a carteira de clientes (órgãos públicos diversos), o tipo de produto/serviço ou o mercado geográfico (região/município/estado, etc.)” (BRASIL, 2019, p. 42). Esta foi a conduta condenada pelo Cade no Processo Administrativo nº 08700.005615/2016-12, em que os membros do cartel realizavam a divisão de lotes da licitação pública de acordo com a conveniência geográfica.

Algumas características, seja da estrutura de mercado, seja do desenho do procedimento licitatório, podem favorecer a adoção das estratégias elencadas acima pelos concertantes. A teoria econômica dedicou especial atenção às estruturas de mercado que podem favorecer a formação de cartéis, enquanto os órgãos de controle dedicam-se a melhorar os desenhos licitatórios. Vejamos alguns exemplos.

### 3.1. Características facilitadoras de cartéis em licitações

A teoria econômica de Richard Posner (*apud* FORGIONI, 2015) indica determinadas características de mercado que podem favorecer a formação de conluios entre concorrentes. Entre estas, destacam-se:

- i) **O número de agentes econômicos** – quanto menor o número de players, menores os custos de monitoramento do acordo de conluio e mais fácil a coordenação dos agentes;
- ii) **A homogeneidade de produto** – quanto mais uniformes forem os bens ou serviços comercializados, menor o espaço para inovações e diferenciações dos produtos, o que também reduz as chances de quebra do cartel;
- iii) **A baixa elasticidade da demanda em relação ao preço** – se a quantidade de produtos se mantém relativamente estável quando se elevam os preços, os concertantes têm maior liberdade de impor preços elevados e aumentar o lucro do cartel;
- iv) **A existência de barreiras à entrada para novas empresas/investidores** – a entrada de

novos competidores é uma das maiores ameaças ao sucesso e à duração de um cartel. Barreiras à entrada de novos competidores favorecem a cartelização, por reduzirem as chances de interferência externa na atuação do cartel;

v) **Os mercados em retração** – maiores chances de cartelização se o mercado estiver em crise;

vi) **A estrutura do mercado dos adquirentes de produto** – se houver poucos compradores para os produtos ou serviços ofertados pelo cartel, os custos de monitoramento serão reduzidos, favorecendo a detecção de quebras de acordo e aumentando as chances de duração do conluio.

Tratando especificamente do ecossistema brasileiro, a OCDE realizou, também, uma revisão das compras públicas federais do Brasil. Neste relatório, foram apontadas as seguintes recomendações, com vistas a sanar as fragilidades encontradas no sistema de licitações do Brasil: (i) necessidade de fortalecer e capacitar os agentes de compras públicas; (ii) necessidade de profissionalizar e robustecer as pesquisas de mercado; (iii) maximizar a participação de concorrentes; (iv) fortalecer a advocacia da concorrência e incentivar a detecção e punição de condutas ilícitas em contratações públicas (OCDE, 2021b)

Este relatório foi realizado ainda durante a vigência da Lei nº 8.666/1993 – antigo diploma geral sobre contratações públicas (BRASIL, 1993). Desta forma, o relatório abrange apenas superficialmente a Lei nº 14.133/2021, e não chega a fazer considerações sobre a modalidade do diálogo competitivo. É esta lacuna de análise da Nova Lei de Licitações sob a ótica concorrencial que motivou a elaboração da presente pesquisa, com especial destaque na modalidade de licitação inédita trazida pelo novo diploma legal. Tendo em vista o referido objetivo, cumpre passar para a compreensão das fragilidades concorrenciais do Diálogo Competitivo.

## 4. CONDUZAS COORDENADAS NO ÂMBITO DO DIÁLOGO COMPETITIVO

### 4.1. Cartelização de licitantes

Tendo como base as características facilitadoras de conluio em contratações públicas (tópico 2.1) e as principais formas de atuação dos agentes cartelizados (tópico 2), passa-se agora à compreensão de como estas características podem encontrar espaço no Diálogo Competitivo da Nova Lei de Licitações

Como se sabe, a concorrência é desejada para que seja possível atingir a melhor proposta, de modo a minimizar o preço e maximizar a qualidade. Nesse sentido, maximizar a participação de licitantes é crucial para o sucesso da licitação.

A Lei nº 14.133/2021 não estabelece número limite de participantes para o diálogo competitivo, prevendo que “serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos” (art. 32, §1º, II) (BRASIL, 2021). À primeira vista, tal previsão parece bastante vantajosa para o estímulo da concorrência. Contudo, análise mais atenta aponta preocupações.

Em que pese a Lei nº 14.133/2021 tenha optado por não limitar o número máximo de participantes, Aragão (2021) indica a possibilidade de prejuízo à competição em razão da própria arquitetura jurídica da modalidade licitatória. Em razão de a construção da solução ser feita em



conjunto com os licitantes, as chances de que o objeto contratado seja exequível apenas por aquele que ajudou a desenvolvê-lo são consideráveis. Além disso, a modalidade licitatória “pressupõe que os particulares realizem estudos complexos sem qualquer garantia de sua contratação, o que pode limitar a concorrência apenas aos agentes econômicos que tenham especial capacidade de risco e econômica”, destaca o autor.

Ainda que assim não fosse, um elevado número de licitantes também pode trazer complicações para a aplicabilidade do diálogo. Oliveira, em análise sobre o tema, aponta que “o que deve ser notado quanto a essa possibilidade de limitação do número de participantes é que um número grande de candidatos pode inviabilizar o diálogo, uma vez que se trata de um procedimento complexo e trabalhoso, sobretudo na segunda etapa” (OLIVEIRA, 2021, p. 15).

Outra preocupação concorrencial trazida pela modalidade encontra-se na etapa de pré-seleção dos licitantes. Esta fase do diálogo competitivo, também prevista no art. 32, §1º, II da Nova Lei de Licitações, requer atenção por dois principais motivos.

Primeiramente, porque a identificação prévia dos demais licitantes envolvidos no certame é um facilitador da formação de cartéis. O reconhecimento seguro dos concorrentes terceiros favorece o estabelecimento de contato com aqueles que também participarão do certame – passo inicial para a coordenação dos agentes. Esta, inclusive, foi a estratégia por cartel detectado pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, na chamada “Operação Capivara” (OPERAÇÃO CAPIVARA, 2014). Na oportunidade, o representante da empresa interessada em ganhar a contratação identificava seus concorrentes nas visitas técnicas ou na relação de retirada do edital, e oferecia valores para que os demais interessados frustrassem o caráter competitivo da licitação.

Em segundo lugar, porque a fase de pré-seleção limita a entrada de outros licitantes. Ou seja, só participarão da fase de concorrência aqueles que foram aprovados na primeira etapa da modalidade. Esta limitação é uma barreira à entrada de novos concorrentes, pelo menos no âmbito da licitação em andamento, o que restringe significativamente a concorrência. Assim, há a garantia de que nenhum outro agente além daquele seletivo grupo de licitantes inicial – que podem ser identificados em razão da fase de pré-seleção - dará lances para a contratação do objeto. Apesar de a limitação de licitantes ser característica inerente às contratações públicas, não se pode ignorar que este pode ser configurado como um dos elementos “facilitadores de estabilidade” de condutas colusivas (POSSAS, 2002, p. 124-125).

Há de se destacar, também, a possibilidade de formação de consórcios para a participação do diálogo competitivo. Ainda que este instrumento apenas seja permitido se previsto expressamente do instrumento convocatório (Lei nº 14.133/2021, art. 15), a prática costuma levantar suspeitas das autoridades concorrenciais. Os consórcios, em regra, servem como mecanismo para aumentar a competição em certames públicos, “especialmente em casos de grandes contratações, em que uma empresa isoladamente não teria condições de fornecer o bem ou prestar o serviço licitado” (BRASIL, 2019, p. 45). Contudo, se utilizado de maneira distorcida, o instrumento pode servir como forma de reduzir a concorrência e promover a formação de acordos entre competidores (JUSTEN FILHO, 2010). Isso porque o consórcio “agrupa” competidores, de modo que o conjunto de licitantes passa a concorrer como um player único.

A mesma atenção se aplica às subcontratações, também passíveis de autorização em licitações públicas (Lei nº 14.133/2021, Art. 122, §2º). Segundo o Cade, a subcontratação pode servir

como instrumento para distribuição dos lucros decorrentes de condutas anticompetitivas, como, por exemplo, “no caso de empresas que suprimiram propostas ou apresentaram propostas de cobertura serem recompensadas com contratos de subcontratação” (BRASIL, 2019, 46). De toda forma, é necessário esclarecer que se tratam de instrumentos legítimos e previstos na legislação nacional. Os efeitos anticompetitivos decorrem, tão somente, das condutas ilícitas perpetradas pelos competidores.

## 4.2. Troca de informações sensíveis entre competidores

Para além da possibilidade de formação de cartéis, faz-se necessário pontuar outro ilícito concorrencial relevante para a análise concorrencial do diálogo competitivo: a troca de informações sensíveis entre competidores. Em que pese exista uma sutil diferença entre as condutas, a distinção traz importantes consequências.

Enquanto a conduta de cartel configura ilícito por objeto, com vistas à combinação coordenada de preços, qualidades ou divisões de mercado, o compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis consiste em infração concorrencial autônoma, sem que haja intenção de coordenar a atuação dos outros agentes. A distinção é trazida pelo Conselheiro Sérgio Ravagnani na relatoria do processo administrativo nº 08700.001486/2017-74. O mesmo entendimento foi seguido pelo Tribunal Administrativo do Cade, por exemplo, nos processos nº 08012.005324/2012-59 e 08700.001422/2017-73.

Apesar de caracterizar um ilícito administrativo que possui potencial de restringir, falsear ou prejudicar a livre concorrência (Lei 12.529/2011, art. 36, I), a conduta de troca de informações sensíveis entre licitantes não atrai a aplicação do prazo prescricional de 12 anos, nem o enquadramento na esfera penal, como ocorre no caso de configuração de cartel.

A conduta é de particular interesse para o presente estudo em razão da previsão legal trazida pela própria Lei nº 14.133/2021, que permite a divulgação de informações confidenciais, desde que autorizada pelos licitantes (Art. 32, §1º, IV). Em outras palavras, o dispositivo confere legalidade ao compartilhamento de informações privadas entre os concorrentes na fase de diálogo, por meio da Administração Pública, ainda que condicionado ao consentimento dos licitantes. Esta é uma previsão jamais aplicada na legislação brasileira, que merece atenção sob a perspectiva concorrencial.

A OCDE, em estudo realizado sobre o tema, aponta a divisão da prática de troca de informações entre competidores em 3 possíveis cenários:

- (i) *as a part of a wider price fixing or market sharing agreement whereby the exchange of information functions as a facilitating factor;*
- (ii) *in the context of broader efficiency enhancing cooperation agreements such as joint venture, standardization or R&D agreements; or*
- (iii) *as a stand-alone practice, whereby the exchange of information is the only cooperation among competitors<sup>4</sup> (OCDE, 2010, p. 9).*

4 (i) como parte de um acordo mais amplo de fixação de preços ou de compartilhamento de mercado em que a troca de informações funciona como um fator facilitador; (ii) no contexto de acordos de cooperação mais amplos para aumentar a eficiência, como joint venture, padronização ou acordos de P&D; ou, (iii) como uma prática autônoma, em que a troca de informações é a única cooperação entre concorrentes. (tradução nossa)

Conforme a distinção dada pelo Cade, a troca de informações sensíveis entre concorrentes encaixa-se no terceiro cenário, configurando conduta autônoma.

As preocupações concorrenciais, como já mencionado, referem-se à possibilidade de as informações obtidas de concorrentes serem utilizadas com o intuito de prejudicar a ordem econômica. Esta, inclusive, foi a conclusão exarada pelo Conselheiro Relator João Paulo Resende no processo administrativo nº 08012.001395/2011-00.

De modo diverso, apesar de reconhecer os riscos de prejuízo à ordem econômica, o estudo realizado pela OCDE em 2010 apontou, também, para a possibilidade de obtenção de efeitos positivos decorrentes da troca de informações entre concorrentes. Os benefícios seriam em relação à diminuição da assimetria informacional entre competidores (OCDE, 2010), que pode levar a uma melhor compreensão da estrutura da demanda, otimização de eficiência produtiva e impulsionar a inovação tecnológica. Stucke, ao avaliar os riscos e vantagem de ampliar a transparência mercadológica, conclui que o primeiro ponto a ser considerado é o possível benefício que a troca de informações entre concorrentes pode trazer para os consumidores. Apenas caso não haja evidências sobre o potencial positivo das informações é que deve ser considerado o risco de interesses anticompetitivos (STUCKE, 2005).

Em que pese o instituto do Diálogo Competitivo seja bastante recente e não tenha, até o presente momento, demonstrado de forma robusta os efeitos práticos de sua utilização, espera-se que, com a adequada utilização da modalidade, o diálogo entre licitantes e administração pública possa levar a importantes inovações e melhorias no âmbito da prestação pública de bens e serviços. Apenas a experiência poderá demonstrar os proveitos (ou prejuízos) decorrentes da nova modalidade licitatória para as compras públicas nacionais. Enquanto isso, medidas legislativas ou editais que visem maximizar os benefícios da modalidade e prevenir possíveis irregularidades serão de grande proveito para o sucesso das futuras licitações.

## 5. CONCLUSÃO

A principal inovação e, portanto, ponto de atenção, trazida pelo Diálogo Competitivo é, sem dúvidas, a fase de diálogo entre a Administração Pública e os licitantes para desenvolvimento conjunto da solução que será posteriormente contratada. A análise do texto normativo da Lei 14.133/2021, associada à doutrina e à prática concursal relativa a cartéis em licitações apontam para possíveis fragilidades desta modalidade licitatória.

As características próprias da modalidade, especialmente a necessária complexidade do objeto licitado, parecem conduzir a um cenário de limitação acidental do número de licitantes reduzidos para a modalidade, ainda que a Lei não estabeleça limites de participação. Este número reduzido de licitantes, associado à publicização dos concorrentes, pode levar a práticas comuns de cartéis em licitações, como propostas de cobertura ou promessas de subcontratação.

Ademais, possibilidade de troca de informações sensíveis entre licitantes é evidente. Neste ponto, a previsão legal de compartilhamento de informações sigilosas entre competidores, por meio da administração pública, é novidade que merece significativa atenção.

Para além da fase de diálogo, a existência de dois editais para esta modalidade licitatória

(um para a fase de diálogo e outro para a fase de contratação) exigem atenção redobrada com a redação do instrumento convocatório, a fim de garantir a máxima competitividade.

Para superar estes desafios, naturalmente trazidos pelo advento de um novo procedimento, a capacitação dos órgãos da administração pública parece ser a primeira medida imediata para a implementação da modalidade. As recomendações realizadas pela OCDE (2021b) para aprimoramento das compras públicas brasileiras já traziam a indicação de necessário fortalecimento e capacitação dos agentes de compras públicas. Além disso, será necessário garantir o aparelhamento dos órgãos públicos para o adequado registro da fase de diálogo, com gravações de áudio de vídeo, conforme determinado pela Lei.

Ainda, espera-se que o governo federal assegure a efetividade desta modalidade por meio de regulações infralegais que esclareçam e orientem a utilização do Diálogo competitivo, bem como realize licitações com esta modalidade, a fim de desmistificar o procedimento e estimular a utilização pelos demais entes federativos.

Para as autoridades concorrenciais, o maior desafio para o combate de condutas colusivas parece residir na identificação e comprovação das condutas, uma vez que o diálogo entre licitantes e o planejamento conjunto com a administração são características inerentes à modalidade. Características estas que, em outros procedimentos, poderiam ser penalizadas como condutas anticoncorrenciais, conforme demonstrado pelos casos concretos julgados pelo Cade.

De toda forma, é inegável que o Diálogo Competitivo é uma importante inovação legislativa que prestigia a tendência de cooperação entre agentes particulares e agentes públicos na construção de soluções para as demandas estatais. Em que pese a criação recente da modalidade ainda instigue dúvidas e preocupações, é evidente que a modalidade pode trazer importantes benefícios para as contratações públicas brasileiras, ao permitir o desenvolvimento de objetos complexos e inovadores.

Os elementos facilitadores de conduta colusiva em contratações públicas já são há muito reconhecidos e combatidos pela prática concorrencial, assim como as principais estratégias para concretizar o cartel em licitações. Com estas práticas e características identificadas e mapeadas, cabe às entidades licitantes e órgãos de controle que adaptem as precauções típicas de contratações públicas à realidade do diálogo competitivo.

## 6. REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 41-66, set./dez. 2021.

ARAUJO, Mariana Tavares de; CHEDE, Marcio Benvenga. Repressão a cartéis em múltiplas jurisdições. In: MARTINEZ, Ana Paula (org.). **Temas atuais de direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2012. p. 223-242.

BRAGA, Tereza Cristine Almeida. Cade, cartéis e licitações: Um novo nicho da política antitruste brasileira. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 3, n. 1, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3uee8Kr>. Acesso em: 30 nov. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de Combate a cartéis em licitação**.



Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3ivMNB7>. Acesso em: 7 abr. 2022.

BRASIL. Controladora-Geral da União. **Licitações com contratação realizada**, Brasília, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3ueC8gu>. Acesso em: 06 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1993. Disponível em: <https://bit.ly/3EUcBOJ>. Acesso em: 05 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: <http://bit.ly/2XsaZpn>. Acesso em: 05 abr. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3Vyb0F4>. Acesso em: 05 abr. 2022.

BRASIL. Senado Federal. Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos (Lei Nº 8.666/1993) – CTLICON. Relatório Final. **Diário do Senado Federal**, 19 dez. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3FdJer1>. Acesso em: 15 abr. 2022.

EUROPA. Parlamento Europeu, Conselho da União Europeia. Diretiva 2004/18/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004 relativa à coordenação dos processos de adjudicação dos contratos de empreitada de obras públicas, dos contratos públicos de fornecimento e dos contratos públicos de serviços. **Jornal Oficial da União Europeia**, Bruxelas, 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3uez4Rw>. Acesso em: 15 abr. 2022.

EUROPA. Parlamento Europeu, Conselho da União Europeia. Diretiva 2014/24/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. **Jornal Oficial da União Europeia**, Bruxelas, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3udNAco>. Acesso em: 15 abr. 2022.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver. at. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MARSHALL, Robert C.; MARX, Leslie M. **The economics of collusion: cartels and bidding rings**. Cambridge: The MIT Press, 2012.

MCAFFEE, R. Preston; MCMILLAN, John. Bidding rings. **The American Economic Review**, Pittsburgh, Pensilvânia, v. 82, n. 3, jun. 1992.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O Diálogo Competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro. **Portal Licitação e Contrato**, 2021. Disponível em: [www.licitacaocontrato.com.br](http://www.licitacaocontrato.com.br). Acesso em: 07 mar. 2022.

OPERAÇÃO CAPIVARA: denunciados 67 por cartel, corrupção e fraude em licitações. **Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, 24 set. 2014. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/noticias/36515/>. Acesso em: 15 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Combate a cartéis em licitações no Brasil**: Uma revisão das Compras Públicas Federais. Paris: OCDE, 2021a. Disponível em: <https://bit.ly/3UOb4ka>. Acesso em: 07 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Destaques da revisão da OCDE sobre o regime de compras públicas federais no Brasil**. Paris: OCDE, 2021b. Disponível em: <https://bit.ly/3OPeWiA>. Acesso em: 06 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Fighting Hard Core Cartels**: harm effective sanctions and leniency programs. Paris: OCDE, 2002. Disponível em: <https://bit.ly/3GX6gVr>. Acesso em: 05 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Information Exchanges Between Competitors under Competition Law**. Paris: OCDE, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3UsSDAm>. Acesso em: 07 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). **Recommendation on Fighting Bid Rigging in Public Procurement**. Paris: OCDE, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3FhBipB>. Acesso em: 05 abr. 2022.

POSSAS, Mario Luiz (coord.). **Ensaio Sobre Economia e Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2002.

SANTOS, Franklin Brasil; SOUZA, Kleberon Roberto de. **Como combater a corrupção em licitações**: detecção e prevenção de fraudes. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

STUCKE, Maurice E. Evaluating the Risks of Increased Price Transparency. **Antitrust**, Chicago, v. 19, n. 2, 2005.

#### COMO CITAR ESTE ARTIGO:

SANTOS, Eduarda Militz. Desafios concorrenciais do diálogo competitivo da nova lei de licitações: cartelização e outras condutas coordenadas. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 163-176, 2022.

