

# MULHERES NO ANTITRUSTE

## VOLUME 5

PREFÁCIO

ANA FRAZÃO

### ORGANIZAÇÃO

AMANDA ATHAYDE  
PRISCILA BROLIO GONÇALVES  
ANNA BINOTTO  
CAMILA LEITE CONTRI  
DÉBORA SCHWARTZ  
LETICIÁ HECKTHEUER  
TANISE BRANDÃO BUSSMANN



# MULHERES NO ANTITRUSTE

---

## VOLUME 5

### COMISSÃO CIENTÍFICA

ADRIANA CARDINALI STRAUBE  
AMANDA ATHAYDE  
AMANDA FLÁVIO  
BÁRBARA ROSENBERG  
JULIANA OLIVEIRA DOMINGUES  
LILIAN CINTRA DE MELO  
PRISCILA BROLIO GONÇALVES  
SILVIA FAGÁ DE ALMEIDA  
SIMONE CUIABANO  
VANESSA BERBEL

### PARTICIPAÇÃO ESPECIAL:

ELEANOR M. FOX  
(ENTREVISTADA POR MÁRIO  
ANDRÉ MACHADO CABRAL)

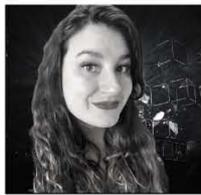
### AUTORAS

ANNA CAROLINA PINHO DOS ANJOS  
ANNA OLÍMPIA DE MOURA LEITE  
BEATRIZ KENCHIAN  
BRUNA SILVESTRE PRADO  
CAMILA MONFERRARI OLIVEIRA  
DANIELA SCHEUERMANN CELADA  
EVELYN PLÍNIO RODRIGUES  
ELENA MOURA LEITE MARTIN  
GIOVANNA DE AMORIM FREITAS  
JÉSSICA DE ARAÚJO SILVA CAIEIRO

LUANA GRAZIELA A. FERNANDES  
LUIZA SAHB NÓBREGA  
MARIA CAROLINA POLO VIEIRA  
MICAELA BARROS BARCELOS FERNANDES  
NATASHA SIQUEIRA MENDES DE NÓVOA  
PALOMA CAETANO ALMEIDA  
PAULA WARDI LANA MARCHEZINI  
RAYTZA RESENDE YOSHIMURA COUTO  
VERÔNICA DE CASTRO LAMEIRA  
VICTÓRIA XIMENES DIAMANTINO

# ORGANIZADORAS AVALIADORAS AUTORAS

---



**Amanda Athayde  
Priscila Brolio Gonçalves  
Anna Binotto  
Camila Leite Contri  
Débora Schwartz  
Leticia Hecktheuer  
Tanise Brandão Bussmann**

Organizadoras

**MULHERES NO ANTITRUSTE  
V**

1.<sup>a</sup> Edição

São Paulo  
2023

Editora Singular

ATHAYDE, Amanda; GONÇALVES, Priscila Brolio; BINOTTO; Anna; CONTRI, Camila Leite; SCHWARTZ, Débora; HECKTHEUER, Leticia; BUSSMANN, Tanise Brandão. (Coord.). *Mulheres no Antitruste*. Volume V. São Paulo: Singular, 2023.

ISBN: 978-65-86352-83-2

1. Concentração econômica. 2. Infrações à ordem econômica. 3. Política concorrencial.

**Organização:**

Amanda Athayde

Priscila Brolio Gonçalves

Anna Binotto

Camila Leite Contri

Débora Schwartz

Leticia Hecktheuer

Tanise Brandão Bussmann

**Diagramação e edição:** Tanise Bussmann e José Carlos

**Revisão:** Anna Binotto, Camila Leite Contri, Débora Schwartz, Leticia Hecktheuer e Tanise Brandão Bussmann.

**Capa:** Débora Schwartz e Tanise Brandão Bussmann

**Imagens de capa:** Freepik

## SUMÁRIO

<b>SOBRE AS COLABORADORAS .....</b>	<b>9</b>
<b>AGRADECIMENTOS.....</b>	<b>21</b>
Anna Binotto, Camila Leite Contri, Débora Schwartz, Leticia Hecktheuer e Tanise Brandão Bussmann	
<b>PREFÁCIO .....</b>	<b>23</b>
Ana Frazão	
<b>APRESENTAÇÃO.....</b>	<b>26</b>
Amanda Athayde e Priscila Brolio Gonçalves	
<b>A (CRESCENTE) RELEVÂNCIA DO GÊNERO NA POLÍTICA ANTITRUSTE.....</b>	<b>28</b>
Anna Binotto, Camila Leite Contri, Débora Schwartz, Leticia Hecktheuer e Tanise Brandão Bussmann	
<b>CONVERSA COM A PROFESSORA ELEANOR M. FOX.....</b>	<b>38</b>
Eleanor M. Fox e Mário André Machado Cabral	
<b>PARTE 1 – CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA.....</b>	<b>44</b>
1. QUANDO É NECESSÁRIO NOTIFICAR AO CADE UM CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO? UMA TENTATIVA DE IDENTIFICAR OS PARÂMETROS DE ANÁLISE UTILIZADOS PELO CADE À LUZ DA RESOLUÇÃO Nº 17/2016 .....	
	45
Luana Graziela A. Fernandes	
2. ART. 88, §7, DA LEI Nº 12.529/2011 EM FOCO: REPERCUSSÕES PRÁTICAS E PERSPECTIVAS PARA O FUTURO .....	
	68
Luiza Sahb Nóbrega	
3. EFICIÊNCIAS EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO: QUAL É O PADRÃO DE ANÁLISE? .....	
	93
Anna Olimpia de Moura Leite, Verônica de Castro Lameira, Raytza Resende Yoshimura Couto	

**PARTE 2 – CONCORRÊNCIA, MERCADOS DIGITAIS E  
TECNOLOGIAS ..... 112**

4. A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE PELO DIREITO ANTITRUSTE:  
UMA ANÁLISE SOBRE O POSSÍVEL ENQUADRAMENTO DA  
EXPLORAÇÃO EXCESSIVA DE DADOS COMO INFRAÇÃO À  
ORDEM ECONÔMICA NOS TERMOS DA LEI 12.529/2011 ..... 113

Daniela Scheuermann Celada, Natasha Siqueira Mendes de Nóvoa

5. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E ANTITRUSTE: UM CASO  
PRÁTICO ..... 140

Jéssica de Araújo Silva Caieiro

6. TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS E O DIREITO CONCORRENCIAL  
3.0 ..... 161

Paloma Caetano Almeida, Bruna Silvestre Prado, Evelyn Plínio  
Rodrigues

7. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO DA CONCORRÊNCIA...191

Giovanna de Amorim Freitas

**PARTE 3 – REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS ..... 220**

8. O USO DA ARBITRAGEM NAS AÇÕES DE REPARAÇÃO DE  
DANOS CONCORRENCIAIS ..... 221

Micaela Barros Barcelos Fernandes

9. *ENFORCEMENT* PRIVADO E AÇÃO COLETIVA PARA  
REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS..... 245

Beatriz Kenchian

10. CLÁUSULA DE SUBMISSÃO OBRIGATÓRIA AO JUÍZO  
ARBITRAL EM TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO  
(TCC): PANORAMA DE BENEFÍCIOS E DESAFIOS..... 264

Camila Monferrari Oliveira

**PARTE 4 – 10 ANOS DA VIGÊNCIA DA LEI 12.529/2011:  
PASSADO, PRESENTE E FUTURO..... 298**

11. OS DESAFIOS CRIADOS PELAS NOVAS FORMAS DE  
CONDUTAS COORDENADAS PARA A PROPOSIÇÃO E  
ASSINATURA DE ACORDOS DE LENIÊNCIA..... 299

Paula Wardi Lana Marchezini

12. CONCORRÊNCIA DESLEAL: UMA BREVE ANÁLISE A PARTIR  
DO CASO HOPE VS. LOUNGERIE ..... 321

Elena Moura Leite Martin, Maria Carolina Polo Vieira, Victória  
Ximenes Diamantino

13. ANÁLISE SOBRE O PROTECIONISMO..... 342

Anna Carolina Pinho

## **SOBRE AS COLABORADORAS**

### **Comissão Organizadora**

**Amanda Athayde** é professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na UnB, bem como de Concorrência, Comércio Internacional e Compliance. Consultora no Pinheiro Neto Advogados nas práticas de Concorrencial, Compliance e, a partir de 2023, Comércio Internacional. 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 livros, organizadora de livros, autora de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, Direito da Concorrência, Comércio Internacional, Compliance, Acordos de Leniência, Defesa Comercial e Interesse Público, Anticorrupção. Entre 2019 a abril de 2022, foi Subsecretária de Defesa Comercial e Interesse Público (SDCOM) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do Ministério da Economia. Entre 2017 e 2019, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete do Ofício do MPF junto ao CADE. De 2013 a 2017, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do CADE e Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste. Como Analista de Comércio Exterior do Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio (MDIC), atuou em 2013 na fase inicial de negociação de acordos internacionais para cooperação e facilitação de investimentos (ACFIs). Co-fundadora da rede Women in Antitrust (WIA). Idealizadora e entrevistadora do podcast Direito Empresarial Café com Leite.Mãe do Pedro (2018) e do Lucas (2020).

**Priscila Brolio Gonçalves** é Doutora e Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP). Pesquisadora visitante na London School of Economics and Political Science – LSE. Diploma do Programa de Desenvolvimento de Dirigentes (PDD) da Fundação Dom Cabral. Participou de diversas bancas examinadoras de mestrado e doutorado na área de direito econômico e concorrencial. Diretora de Publicações e Editora da Revista do IBRAC. Integrante do corpo editorial da Revista do Cade. Advogada atuante em direito econômico, com foco em direito concorrencial. Sócia fundadora de Brolio Gonçalves Advogados. Autora de livros e diversos artigos acadêmicos. É Diretora Institucional Vice-Presidente do IBRAC (2022-2023).

**Anna Binotto** é doutoranda em Direito Comercial na Universidade de São Paulo e bacharel em Direito pela mesma instituição. Realizou Doutorado Sanduíche como pesquisadora visitante da Ludwig-Maximilians Universität em Munique, Alemanha. É colaboradora do Comitê de Concorrência do Ibrac, membra efetiva da Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da OAB/SP e é Gerente de projetos na Diretoria Acadêmica do Women In Antitrust (WIA). É advogada no VMCA em São Paulo.

**Camila Leite Contri** é mestranda em Direito Comercial na USP, onde também é coordenadora do Núcleo de Direito Concorrencial e Economia Digital (NUCED-USP). É também Gerente Acadêmica na rede Women in Antitrust. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e pela Université Lyon III (França). Foi contemplada com a Bolsa de Mérito Acadêmico pela AUCANI para realizar período de mobilidade acadêmica na Università di Bologna (Itália). Atualmente, é advogada e especialista em Telecomunicações e Direitos Digitais no Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec). É Gerente de projetos na Diretoria Acadêmica do Women In Antitrust (WIA).

**Débora Schwartz** Mestranda e Bacharela em Direito pela Universidade de São Paulo. Advogada no escritório Campilongo Advogados Associados. Advogada colaboradora no Departamento Jurídico XI de Agosto. É Gerente de projetos na Diretoria Acadêmica do Women In Antitrust (WIA).

**Leticia Hecktheuer** é mestra em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), especialista em Direito Empresarial pela UFRGS e Defesa da Concorrência e Regulação pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), e é bacherela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Possui diversos cursos de qualificação, entre eles os de negociação pela Yale School of Management e por UC Berkeley. De 2008 a 2017 trabalhou no CADE, e atuou como Chefe de Assessoria no CADE e no Ministério Público Federal junto ao CADE, com passagem pela Autoridade da Concorrência na Espanha no qual foi contemplada com bolsa de estudos na Escuela Iberoamericana de Defensa de la Competencia. Advogada, autora e coautora de artigos e capítulos de livros publicados na área. Possui experiência com trabalho voluntário, pesquisa científica e como professora convidada em instituições de ensino superior. É Gerente de projetos na Diretoria Acadêmica do Women In Antitrust (WIA).

**Tanise Brandão Bussmann** é servidora pública, atuando no Projeto Cérebro da Coordenação Geral de Análise Antitruste 9 da

Superintendência Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Sua formação é composta por graduação em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (2011), mestrado em Economia pela Universidade Federal de Minas Gerais (2014), doutorado em Economia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2017) e especialização em Defesa da Concorrência e Direito Econômico (2022). 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. É Gerente de projetos na Diretoria Acadêmica do Women In Antitrust (WIA).

## Comissão Científica

**Adriana L. Cardinali Straube** é advogada e Executiva. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Visiting Researcher e Visiting Fellow na King's College London. Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo. Presidente da Comissão de Estudos de Defesa da Concorrência e Regulação Econômica da OAB/SP (2019-2021). Professora e Palestrante. Autora de livros e artigos jurídicos.

**Amanda Athayde** é professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na UnB, bem como de Concorrência, Comércio Internacional e Compliance. Consultora no Pinheiro Neto Advogados nas práticas de Concorrencial, Compliance e, a partir de 2023, Comércio Internacional. 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 livros, organizadora de livros, autora de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, Direito da Concorrência, Comércio Internacional, Compliance, Acordos de Leniência, Defesa Comercial e Interesse Público, Anticorrupção. Entre 2019 a abril de 2022, foi Subsecretária de Defesa Comercial e Interesse Público (SDCOM) da Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) do Ministério da Economia. Entre 2017 e 2019, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete do Ofício do MPF junto ao CADE. De 2013 a 2017, foi cedida para atuar como Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do CADE e Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste. Como Analista de Comércio Exterior do Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio (MDIC), atuou em 2013 na fase inicial de negociação de acordos internacionais para cooperação e facilitação de investimentos (ACFIs). Co-fundadora da rede Women in Antitrust (WIA). Idealizadora e entrevistadora do podcast Direito Empresarial Café com Leite. Mãe do Pedro (2018) e do Lucas (2020).

**Amanda Flávio de Oliveira** é Doutora, Mestre e especialista em Direito Econômico pela UFMG. Professora dos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito Econômico, Regulatório e Concorrencial na Universidade de Brasília - UNB. Foi professora decana de Direito Econômico dos cursos de graduação, mestrado e doutorado da Universidade Federal de Minas Gerais (2004- 2019). Advogada militante e parecerista, sócia fundadora da Advocacia Amanda Flávio de Oliveira. Membro do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social do Estado de Minas Gerais. Membro Consultora da Comissão de Competitividade do

Conselho Federal da OAB. Vice- Presidente da Comissão de Análise Econômica do Direito da OAB/DF e membro da Comissão de Direito da Concorrência da OAB/MG. Conferencista, já participou de inúmeros Congressos no Brasil e em outros países como convidada. Autora de vários livros e artigos publicados no Brasil e no exterior sobre Direito Econômico, Regulatório, Concorrencial e Consumidor. Foi Diretora da Faculdade de Direito da UFMG, Diretora do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, Conselheira do Conselho Federal Gestor do Fundo de Direitos Difusos, Presidente da Fundação Professor Valle Ferreira, Assessora-chefe da gestão estratégica do Supremo Tribunal Federal, Assessora especial da Presidência do Supremo Tribunal Federal, Presidente do BRASILCON - Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, Membro consultora da Comissão Especial de Direito do Consumidor do Conselho Federal da OAB e Conselheira da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça e do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.

**Barbara Rosenberg** é formada em Direito pela Universidade de São Paulo, onde concluiu também seu doutorado em Direito Econômico. Fez LL.M. na University of California, at Berkeley, e, na sequência, trabalhou na Organização Mundial do Comércio e no escritório americano Cleary, Gottlieb, Steen & Hamilton. Desde 2006 Barbara é sócia do escritório Barbosa, Mussnich e Aragão, onde lidera a área de Direito Concorrencial. Durante três anos, de 2003 a 2005, foi Diretora do Departamento de Proteção e Defesa Econômica, da Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça, onde exerceu também o cargo de Secretária Adjunta. Venceu o "GCR Awards 2019", premiação da renomada publicação Global Competition Review, na categoria "Dealmaker of the year". Foi nomeada uma das 13 mulheres mais influentes e inspiradoras do mundo jurídico pela publicação global Acritas Stars e entre as 100 principais atuantes em antitruste no mundo ("Women in Antitrust", do GCR). É considerada por The Legal 500, LACCA, Who's Who Legal, IFLR500 e Best Lawyers entre os advogados de antitruste de maior destaque, sendo a única brasileira indicada pela Chambers and Partners na categoria Star Performer em Direito Concorrencial. Reconhecida como uma Thought Leader em Antitrust pela LACCA - The Latin merican Corporate Counsel Association.

**Juliana Oliveira Domingues** é professora doutora de Direito Econômico da Universidade de São Paulo (FDRP/USP), aprovada em concurso público de provas e títulos, e co-diretora regional da Academic Society for Competition Law (Ascola). É graduada em Direito pela Universidade

Estadual de Londrina, mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Foi Visiting Scholar da Georgetown University Law School, como International Scholar in Residence da American Bar Association (Antitrust Section – única brasileira selecionada). Foi secretária Nacional do Consumidor (Senacon) do Ministério da Justiça e Segurança Pública, presidente do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor e do Conselho Nacional de Combate à Pirataria, assim como diretora do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. É cofundadora da Rede Women in Antitrust (WIA). Possui dezenas de livros e artigos. Seu livro "Direito Antitruste", publicado pela Ed. Saraiva, foi considerado o “melhor livro jurídico do ano” em 2008 (Prêmio Troféu Cultura Econômica). Já o livro “Brazilian Competition Law: A practitioner's Guide”, pela Wolters Kluwer, é referenciado internacionalmente. Na área de Direito Concorrencial recebeu o Prêmio Ibrac-Esso, em 2004, e os Prêmios Ibrac-Tim de 2013 e 2018. Professora de Direito da Concorrência convidada de diversas instituições de ensino superior, é líder do Grupo de Pesquisa de Concorrência e Inovação da FDRP/USP. É mãe da Gloria (2011) e da Sofia (2014). Co-fundadora da rede *Women in Antitrust* (WIA).

**Lilian Cintra de Melo** é professora doutora substituta da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB). Doutora e bacharel em direito pela Universidade de São Paulo (USP), com período de mobilidade internacional no Institut d'Études Politiques de Paris (Sciences-Po). Foi pesquisadora visitante da Faculdade de Direito de Harvard no Institute for Global Law and Policy (IGLP) e coordenadora do Grupo Direito e Pobreza da Faculdade de Direito da USP. É Assessora do Ministro Ricardo Lewandowski no Supremo Tribunal Federal (STF).

**Priscila Brolio Gonçalves** é Doutora e Mestre em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FADUSP). Pesquisadora visitante na London School of Economics and Political Science – LSE. Diploma do Programa de Desenvolvimento de Dirigentes (PDD) da Fundação Dom Cabral. Participou de diversas bancas examinadoras de mestrado e doutorado na área de direito econômico e concorrencial. Diretora de Publicações e Editora da Revista do IBRAC. Integrante do corpo editorial da Revista do Cade. Advogada atuante em direito econômico, com foco em direito concorrencial. Sócia fundadora de Brolio Gonçalves Advogados. Autora de livros e diversos artigos acadêmicos. É Diretora Institucional Vice-Presidente do IBRAC (2022-2023).

**Silvia Fagá de Almeida** é Economista pela FEA/USP, doutora em economia pela FGV-SP (com tese sobre o poder compensatório e sua aplicação antitruste no setor de saúde suplementar, trabalho premiado com a primeira colocação no Prêmio-SEAE de Monografias do Ministério da Fazenda). Foi *visiting scholar* na Columbia University-NY (2011-2012) e professora da pós-graduação de economia da EESP-FGV e da FIPE. É professora do MBA da FGV e diretora da LCA, com mais de 15 anos de experiência em defesa da concorrência. Mencionada, desde 2015, no Who's Who Legal (associada à *Global Competition Review*) como economista de destaque no plano internacional para questões concorrenciais. Foi diretora de Economia do IBRAC (2016-2019) e foi diretora de mercados digitais do mesmo Instituto (2020-2021). É conselheira do IBRAC (2022-2023).

**Simone Cuiabano** é Doutora em Economia pela UnB, Postdoctoral Fellow na Toulouse School of Economics. Economista Sênior do Fundo Monetário Internacional, atuou em diversas posições em organismos internacionais e na administração pública no Brasil: foi Economista Sênior no Banco Africano de Desenvolvimento, economista-chefe adjunta do Cade entre 2014 e 2016, assessora econômica do gabinete do Ministro da Fazenda em 2018 e Coordenadora-geral de Interesse Público em 2019. Tem diversas publicações em periódicos acadêmicos, como *African Economic Brief*, *Journal of International Law and Trade Policy*, *Atlantic Economic Journal*. É Auditora de Finanças e Controle da Secretaria do Tesouro Nacional (em afastamento).

**Vanessa Berbel** é Doutora em Filosofia e Teoria Geral do Direito (PUC/SP, 2018). Mestra em Filosofia e Teoria Geral do Direito (USP, 2012). Professora do curso de Direito do Instituto Federal do Paraná (Campus-Palmas). Servidora requisitada para funções no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Foi coordenadora-geral do Sistema de Atendimento às Mulheres em situação de Violência (Ligue 180), do Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos (2020 a 2022).

## Participação Especial

**Eleanor M. Fox** é *Walter J. Derenberg Professor of Trade Regulation* na Universidade de Nova York (NYU). Especialista em antitruste, seus interesses se dão em torno de temas como países em desenvolvimento, pobreza, desigualdade e mercados abertos. Graduiu-se em direito pela NYU em 1961 e recebeu um título de doutorado honorário da Universidade de Paris – Dauphine em 2009. Recebeu o *Lifetime Achievement Award* da *Global Competition Review* em 2011 e o *Award for Distinguished Services* da *Academic Society for Competition Law* (ASCOLA) em 2015. É autora de *Making Markets Work for Africa* (com Mor Bakhoun; Oxford, 2019), *Global Issues in Antitrust and Competition Law* (com Daniel Crane; 2. ed., West, 2017), *EU Competition Law* (com Damien Gerardin; Elgar, 2017) e *US Antitrust Law in Global Context* (3. ed., West, 2012), além de inúmeros e influentes artigos e capítulos de livro.

Entrevistada por **Mário André Machado Cabral** é advogado, doutor em direito econômico pela Universidade de São Paulo (USP) e mestre (LLM) em direito da concorrência, inovação e informação pela NYU, onde foi pesquisador no *Engelberg Center on Innovation Law & Policy*. É autor de “A Construção do Antitruste no Brasil: 1930-1964” (Singular, 2020).

## **Autoras**

**Anna Carolina Pinho dos Anjos** é doutoranda em Direito Internacional Econômico e Estudos Europeus e Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Pós-Graduada em Direito Administrativo e Tributário pela Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, Brasil. Advogada.

**Anna Olimpia de Moura Leite** é consultora na LCA há 8 anos. Especialista em defesa da concorrência e políticas públicas. Possui mestrado e graduação em economia pela FEA-USP.

**Beatriz Kenchian** é advogada do escritório Pinheiro Neto Advogados. Gerente de mídias sociais da Associação *Women in Antitrust*. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) com dupla graduação na *Université Lumière Lyon 2*.

**Bruna Silvestre Prado** é pós-graduanda em Direito Concorrencial e Regulatório pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (pós-graduação *lato sensu*) e bacharel em Direito pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. Advogada Júnior da prática de Direito Concorrencial do escritório Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados.

**Camila Monferrari Oliveira** é Assistente Técnica na Coordenação-Geral de Análise Antitruste 7 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

**Daniela Scheuermann Celada** é Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Assessora no Ofício do Ministério Público Federal junto ao CADE. Intercambista no 41º Programa de Intercâmbio do CADE (PinCADE).

**Evelyn Plínio Rodrigues** é graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Estagiária da prática de Direito Concorrencial do escritório Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados.

**Elena Moura Leite Martin** é advogada graduada pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP)

**Giovanna de Amorim Freitas** é graduanda da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa ‘Empresa, Desenvolvimento e Responsabilidade’

**Jéssica de Araújo Silva Caieiro** é graduada em Ciências Econômicas pela FEA-USP e pós-graduada em Data Science e Decisão pelo Insper.

Atua na área de Economia do Direito da LCA Consultores, com foco em defesa da concorrência

**Luana Graziela A. Fernandes** é bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e pós-graduanda em Compliance pelo IBMEC. Advogada associada das práticas de Direito da Concorrência e de Compliance e Crimes Corporativos de Pinheiro Neto Advogados.

**Luiza Sahb Nóbrega** é graduanda em Direito pela Universidade de São Paulo. Visiting Student na University of California, Berkeley (2021)

**Maria Carolina Polo Vieira** é advogada graduada pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP).

**Micaela Barros Barcelos Fernandes** é 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 Assuntos Legislativos da OAB – Seção RJ.

**Natasha Siqueira Mendes de Nóvoa** é graduanda em Direito na Universidade Federal do Pará (UFPA). Bolsista de Iniciação Científica na área de Direito do Consumidor Digital (CNPq). Estagiária no Mudorvitsch Advogados. Intercambista no 41º Programa de Intercâmbio do CADE (PinCADE). Membro do grupo de pesquisa “Consumo e Cidadania” (CNPq/UFPA).

**Paloma Caetano Almeida** é mestranda em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo - USP, Especialista em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (pós-graduação *lato sensu*) e bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo – USP, com período de mobilidade internacional na Universidade de Lucerna, na Suíça. Advogada Plena da prática de Direito Concorrencial do escritório Mattos Filho, Veiga Filho, Marrey Jr. e Quiroga Advogados, em *secondment* na empresa A.P. MØLLER – MAERSK A/S

**Paula Wardi Lana Marchezini** é advogada, bacharel em Direito e em Relações Econômicas Internacionais pela Universidade Federal de Minas Gerais e pós-graduada em Direito Internacional pelo Centro de Estudos em Direito e Negócios.

**Raytza Resende Yoshimura Couto** é doutora em Economia Aplicada pela Universidade de São Paulo (FEA-RP). Atua na área de Economia do Direito na LCA Consultores

**Verônica de Castro Lameira** é doutora em Economia pela UFMG, atua na área de Economia do Direito da LCA Consultores.

**Victória Ximenes Diamantino** é advogada graduada pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (USP)

## **PREMIAÇÃO LIVRO MULHERES NO ANTITRUSTE – VOLUME V**

No volume V, agradecemos as autoras com a maior nota na avaliação cega pelos pares com uma premiação. Os seguintes artigos e autoras foram selecionados:

### **Melhor Artigo – 1º Lugar**

“Quando é necessário notificar ao Cade um contrato de distribuição? Uma tentativa de identificar os parâmetros de análise utilizados pelo Cade à luz da resolução nº 17/2016” de autoria de *Luana Graziela A. Fernandes*.

### **Melhor Artigo – 2º Lugar**

“Art. 88, §7, da lei nº 12.529/2011 em foco: repercussões práticas e perspectivas para o futuro” de autoria de *Luiza Sahb Nóbrega*.

### **Melhor Artigo – 3º Lugar (Empate)**

“Enforcement privado e ação coletiva para reparação de danos concorrenciais” de autoria de *Beatriz Kenchian*.

“Inteligência artificial e antitruste: rumo à evolução da intersecção” de autoria de *Jéssica de Araújo Silva Caieiro*.

“O uso da arbitragem nas ações de reparação de danos concorrenciais” de autoria de *Micaela Barros Barcelos Fernandes*.

A comissão organizadora parabeniza as autoras!

## AGRADECIMENTOS

*Anna Binotto, Camila Leite Contri, Débora Schwartz, Leticia Hecktheuer  
e Tanise Brandão Bussmann*

***Gerentes na Diretoria  
Acadêmica 2022/2023***

Gostaríamos de expressar nossa gratidão por toda a equipe que trabalhou incansavelmente para produzir a quinta edição do livro "Mulheres no Antitruste". Esta obra representa um marco importante para a academia, uma vez que reúne artigos de profissionais mulheres que atuam no Direito Antitruste. A publicação deste livro só foi possível graças à dedicação e ao comprometimento de todas as mulheres envolvidas no projeto.

Devemos um agradecimento em particular à comissão científica, composta por mulheres incríveis que avaliaram todos os artigos de forma criteriosa e imparcial. Seus comentários e sugestões foram fundamentais para garantir a qualidade dos artigos selecionados para a publicação. Agradecemos também à editora Singular e ao IBRAC, que apoiaram a iniciativa desde o início e tornaram possível a publicação e o lançamento do livro.

Além disso, gostaríamos de estender nossos agradecimentos a todas as autoras que enviaram seus artigos à chamada de seleção. Suas contribuições foram fundamentais para o sucesso deste projeto. Parabéns por sua coragem, dedicação e excelência acadêmica! Também deixamos aqui nosso agradecimento à Ana Frazão, que brilhantemente escreveu o prefácio desta obra. Este agradecimento se estende para Eleanor M. Fox e claro, ao Mario Cabral, que conduziu e gentilmente cedeu a entrevista a este livro.

Este livro representa um avanço significativo na promoção da representatividade acadêmica e profissional feminina no Direito Antitruste. Esperamos que este livro inspire outras mulheres a se envolverem e contribuírem para o avanço da área.

Mais uma vez, agradecemos a todos e todas que contribuíram para a publicação desta obra. Esperamos que ela seja uma fonte de inspiração e conhecimento para todos os que se interessam pelo Direito Antitruste e ampliem a disseminação dos conteúdos produzidos pelas brilhantes mulheres neste campo.

Boa leitura a todas e a todos!

## PREFÁCIO

*Ana Frazão*

***Professora Associada de  
Direito Civil, Comercial e Econômico da  
Universidade de Brasília – UnB***

Se é sempre uma honra e uma alegria prefaciар um livro, esses sentimentos tornam-se ainda mais intensos quando o convite parte de uma instituição como o WIA – Women in Antitrust, que eu acompanho desde o seu nascimento, sempre com muito orgulho e admiração.

Com efeito, em um mundo ainda dominado por homens brancos, em que as mulheres ainda encontram tantas dificuldades para se posicionar, se manifestar e sobretudo para serem ouvidas e consideradas em pé de igualdade, é fundamental a existência de iniciativas como o WIA e todos os seus projetos.

Verdade seja dita que, no Direito Antitruste, a participação feminina, sobretudo na advocacia e na ocupação de órgãos estratégicos do CADE, sempre foi notável, qualitativa e quantitativamente, tanto do ponto de vista absoluto, como em termos comparativos com outras áreas jurídicas. Entretanto, ainda faltava um espaço de união, troca compartilhada, apoio recíproco e empoderamento que veio a ser suprido com o WIA.

É por isso que sempre fui uma grande entusiasta do WIA, assim como procurei colaborar com seus projetos. Pude também ser testemunha de como a semente frutificou, criando canais de cooperação entre mulheres de diferentes gerações e perfis e se tornando um elemento de estímulo para todas as participantes do grupo, especialmente as mais jovens.

Nada representa melhor esses esforços do que as publicações organizadas pelo WIA, projeto que já se encontra em seu quinto volume. Com tais publicações, sempre cercadas de rigorosos cuidados editoriais quanto à seleção dos artigos, assegura-se que as nossas juristas do Antitruste, mesmo as mais jovens, tenham um importante espaço para a divulgação de seus pensamentos e reflexões.

Nesse quinto volume, o leitor encontrará vários dos temas-chave do Antitruste na atualidade, incluindo discussões sobre atos de concentração, concorrência diante dos mercados digitais e da tecnologia,

reparação de danos concorrenciais e os desafios do passado, presente e futuro diante dos dez anos da Lei 12.529/2011.

Todos esses assuntos são desenvolvidos com competência pelas autoras, a partir de diferentes olhares e perspectivas, mas com o fio condutor comum de serem unidas pelo amor ao Antitruste e pelo reconhecimento dos desafios que ele deve enfrentar para cumprir efetivamente os seus propósitos em uma economia cada vez mais complexa e tecnológica.

O livro ainda nos brinda com uma entrevista da sensacional Eleonor Fox, um dos maiores ícones do Antitruste e que exemplifica melhor do que ninguém a força feminina decorrente da combinação entre inteligência e sensibilidade. Em suas respostas, a autora não apenas faz um mapeamento da evolução do Direito Antitruste ao longo dos últimos quarenta anos, como mostra a necessidade de avanços, embora reconheça o quanto esses avanços sejam difíceis e mostre até certo desencanto, ao concluir que dificilmente haverá avanços nos Estados Unidos sem uma mudança de legislação.

Ao ler a entrevista, especialmente a parte ora mencionada, não pude deixar de fazer conexões sobre as preocupações que lancei na minha série do Jota intitulada “Um Direito Antitruste para o século XXI”<sup>1</sup>. No último artigo da série, eu procurei mostrar o quanto a compreensão da dimensão política dos mercados nos confere, como diria Stiglitz<sup>2</sup>, um misto de esperança e desespero. Esperança porque sabemos que o mercado é resultado de escolhas políticas e jurídicas e, sob essa perspectiva, pode também ser modificado por novas escolhas. Desespero porque sabemos como tais processos são difíceis e como, especificamente no caso do Direito Antitruste, há toda uma máquina política, informacional e científica, financiada pelas elites econômicas, para obstar tais mudanças a qualquer custo.

Não obstante, entre o desespero e a esperança, eu sempre optei pela última. E, ao ter o livro que ora eu prefácio nas mãos, vendo tantas mulheres talentosas engajadas no enfrentamento dos temas mais importantes do Antitruste, tenho mais um motivo para manter o otimismo e reforçar a convicção de que a possibilidade de evolução existe, é

---

<sup>1</sup> FRAZÃO, Ana. Um Direito Antitruste para o Século XXI. Jota. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/um-direito-antitruste-para-o-seculo-xxi-19082020>

<sup>2</sup> STIGLITZ, Joseph. *O preço da desigualdade*. Tradução de Dinis Pires. Lisboa: Bertrand, 2013.

concreta e há muita gente qualificada construindo os caminhos viáveis. Afinal, ao contrário dos Estados Unidos, não precisamos de reforma legislativa. Temos uma Constituição Federal e uma legislação antitruste que, se bem interpretadas e aplicadas, são suficientes para os avanços necessários.

É com esse espírito de otimismo que eu convido os leitores a se debruçarem sobre os artigos que compõem a presente obra, parabenizando mais uma vez o WIA e todas as autoras por mais essa relevante contribuição não só para o Antitruste, mas também para as conquistas femininas.

## APRESENTAÇÃO

*Amanda Athayde e Priscila Brolio Gonçalves*

***Diretoras da Gerência  
Acadêmica do V Livro Mulheres no Antitruste***

Elaborar a apresentação de um livro é sempre um exercício de amor e dedicação. A quem escreve. A quem organiza. E por esse motivo, é uma imensa satisfação escrevermos a apresentação deste livro. Não é tarefa difícil apresentar o quinto volume do livro da nossa amada rede Women In Antitrust (WIA). Depois de quatro excelentes volumes antecessores<sup>3</sup>, contendo artigos inéditos, de altíssima qualidade, escritos *exclusivamente* por mulheres do antitruste, não restam dúvidas de que o sucesso desse novo exemplar está garantido. Na verdade, os editais, os processos competitivos, e a resultante série de livros promovidos pela WIA já se tornaram tradição no campo editorial brasileiro no direito da concorrência. Sabemos que o lançamento desse volume vem sendo aguardado com ansiedade pelos ávidos leitores.

É nesse contexto que aceitamos, honradas, o convite para introduzir esta obra. Um prazer que esperamos seja compartilhado por muitas pessoas, ao navegar pelos textos aqui dispostos, em busca de conhecimento prático ou teórico, aprimoramento, ou apenas por curiosidade.

Prefaciada pela Professora Ana Frazão, entusiasta e apoiadora de primeira hora da rede WIA, cuja trajetória no direito concorrencial pátrio dispensa maiores apresentações, este livro conta também com uma entrevista inédita com a notória, festejada e indispensável Professora Eleanor Fox, referência internacional e uma inspiração para tantas de nós, mulheres do antitruste.

E isso é apenas o começo. Distribuídos em quatro Seções – dedicadas, respectivamente, a Atos de Concentração, Concorrência em Mercados Digitais e Tecnologia, Reparação de Danos e os 10 Anos da Lei 12.529/11 –, encontramos 13 artigos minuciosamente redigidos, objeto da pesquisa de 20 autoras que tiveram seus trabalhos analisados e aprovados para publicação em processo de *blind review*. A Comissão Avaliadora,

---

<sup>3</sup> Disponíveis em: <https://www.womeninantitrust.org/publicações>

cujo trabalho não cansamos de agradecer, foi composta por um grupo de doutoras, com atuação acadêmica e profissional na área antitruste.

Finalmente, mas não menos importante, encontramos o trabalho das gerentes encarregadas do V Livro da WIA, sem as quais não teria sido possível alcançar esse tão esperado resultado. Este grupo, com quem tivemos a grata oportunidade de conviver ao longo do último ano, dedicou-se à interface entre antitruste e gênero, uma temática absolutamente necessária nos dias atuais.

A WIA deixou de ser “apenas” uma rede de apoio e *networking*, tornando-se formalmente uma associação e ampliando as suas atividades, missão e valores, para contemplar formalmente a luta por inclusão, diversidade, respeito e reconhecimento às mulheres que atuam no antitruste. A continuidade do projeto do livro, com essa publicação, tem total aderência a esses princípios, incentivando a produção e a disseminação do trabalho acadêmico de nossas autoras, no Brasil e no mundo. Que tantas mulheres possam ser citadas a partir da presente publicação, reduzindo também esse viés inconsciente tantas vezes presente na citação dos trabalhos acadêmicos.

Aproveitem a leitura!

## A (CRESCENTE) RELEVÂNCIA DO GÊNERO NA POLÍTICA ANTITRUSTE

*Anna Binotto, Camila Leite Contri, Débora Schwartz, Leticiá Hecktheuer e Tanise Brandão Bussmann*

### ***Organizadoras do V Livro Mulheres no Antitruste***

A intersecção entre a temática de igualdade de gênero e a política de defesa da concorrência tem chamado atenção da comunidade antitruste nos últimos anos. Mas, embora tenham sido feitos progressos em muitas áreas, a relação entre debates de gênero e o direito e economia antitruste permanece em grande parte pouco explorada.

De fato, tradicionalmente a política de concorrência costuma mobilizar categorias como consumidores e empresas, governo e reguladores, sobrando pouca análise de sua relação com diferenças e equidade de gênero<sup>1</sup>. Neste sentido, para a Organização de Cooperação para o Desenvolvimento Econômico (OCDE), a política da concorrência construiu-se historicamente de forma “cega” quanto a questões de gênero, possuindo um foco tradicional mais objetivo. De acordo com a teoria microeconômica tradicional, os consumidores têm sido considerados apenas de acordo com suas preferências (racionais) e sua capacidade de substituir os produtos oferecidos pelas empresas em determinados mercados. As empresas, por sua vez, são tratadas como entidades e definidas a partir do seu objetivo de maximizar os lucros dos seus sócios.

Contudo, a partir de 2018, a OCDE começou a explorar se questões relacionadas ao gênero poderiam, de fato, contribuir para a elaboração de uma política de concorrência mais eficaz. Na prática, isto ocorreria a partir da identificação de características relevantes sobre o funcionamento dos mercados, do comportamento dos consumidores e das empresas, que poderiam auxiliar a combater a desigualdade de gênero<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> OCDE. **Gender Inclusive Competition Policy**. 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/gender-inclusive-competition-policy.htm>

<sup>2</sup> *Ibidem*.

Com o apoio do Governo Canadense, por meio de sua Autoridade da Concorrência, em 2020 a OCDE deu início ao projeto da Política de Concorrência Inclusiva de Gênero (“*Gender Inclusive Competition Policy Project*”), que permitiu o desenvolvimento de orientações para agências de concorrência nesta área<sup>3</sup>. O intuito é desenvolver um *toolkit* que poderá orientar a atuação das autoridades antitruste ao redor do globo.

A iniciativa resultou em sete projetos de pesquisa, apresentados durante uma Conferência Virtual em outubro de 2021. Os projetos compreendem as áreas de concentração econômica, condutas anticoncorrenciais e desenho da política da concorrência<sup>4</sup>, e estão divididos em três eixos principais, todos eles levando em conta a perspectiva de gênero: (i) definição de mercado relevante; (ii) cartel e colusão e (iii) representatividade feminina em cargos públicos de autoridades antitruste.

O relatório da Oxera<sup>5</sup> abre o tema de mercado relevante e gênero. Elaborado por Lola Damstra, Gunnar Niels e Nicole Rosenboom, o documento analisou diversas pesquisas sobre comportamento de consumidores feitas tanto pela Oxera quanto por autoridades de defesa da concorrência, buscando responder às seguintes perguntas: existem diferenças no comportamento dos consumidores a depender do gênero? Se sim, como isso impacta na política antitruste e, em especial, na análise de definição de mercado relevante?. A pesquisa explorou distintos mercados, como de canais esportivos, supermercados, planos de saúde, pacotes de viagens turísticas e diversos outros setores analisados por autoridades antitruste nacionais em suas pesquisas junto a consumidores.

Como resultado, o relatório apontou que há a tendência de haver diferenças significativas no comportamento dos consumidores a depender do seu gênero, sugerindo que autoridades antitruste incorporem esta constatação em suas análises de mercado. Por exemplo, um ponto a ser levado em conta é a utilização de preços

---

<sup>3</sup> Ibidem.

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> OXERA. Gender Differences in Surveys for Market Definitions and Merger Analysis. IN: OCDE. **Gender Inclusive Competition Policy**. 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/gender-inclusive-competition-policy.htm>

diferentes em produtos iguais de acordo com o gênero do público-alvo do produto.

Na mesma linha, Pinheiro et al<sup>6</sup> focam em aplicar as lentes de gênero na definição de mercado relevante, voltando-se, principalmente, para operações de fusão e aquisição. As autoras elencam possíveis fatores de oferta e demanda, bem como bases de dados, que poderiam ser utilizados para avaliar até que ponto a intersecção com a temática de gênero poderia ser relevante para a análise de potenciais efeitos anticompetitivos e para o controle prévio de concentrações.

A partir de dados públicos, o artigo demonstra como essa metodologia pode ser aplicada na prática, mediante a análise de uma operação hipotética entre duas empresas de bens de consumo. Assim, as autoras explicam como essa análise preliminar de efeitos concorrenciais poderia identificar características relevantes do mercado para o escrutínio concorrencial e informar se investigações adicionais, tomando como lastro a lente de gênero.

Dentre os projetos selecionados voltados para a pesquisa em condutas colusivas, observa-se a contribuição de Abate e Brunelle<sup>7</sup>, que se debruçam sobre as decisões de cartel entre 2010 e 2021 da autoridade francesa de defesa da concorrência. O estudo corrobora a hipótese de que em diversos setores há redes informais que são baseadas em valores tipicamente masculinos e que também estão relacionadas à permanência das práticas de cartel.

Enquanto isso, a participação feminina é substancialmente inferior, além de estar majoritariamente relacionada a atividades de secretariado ou de organização das reuniões; bem como o reconhecimento de que elas se distanciam das práticas ilícitas e/ou advogam por estratégias comerciais que se afastam da colusão (agindo como “*mavericks*”)<sup>8</sup>. Para os autores, o desbalanceamento de gênero é

---

<sup>6</sup> PINHEIRO, L. Gender Considerations in the analysis of market definition and competitive effects: a practical framework and illustrative example. IN: OCDE. **Gender Inclusive Competition Policy**. 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/gender-inclusive-competition-policy.htm>

<sup>7</sup> ABATE, C.; BRUNELLE, A; Cartel Behaviour and boy’s club dynamics: french cartel practice through a gender lens. IN: OCDE. **Gender Inclusive Competition Policy**. 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/gender-inclusive-competition-policy.htm>

<sup>8</sup> De acordo com as autoras, *mavericks* seriam “individuals that by thinking and acting independently, outside the core network, behave differently from the

um fator que propicia a ocorrência de práticas colusivas e, portanto, reiteram a necessidade de políticas que visem aumentar o número de mulheres em postos de liderança nas empresas.

Para Borrell et al<sup>9</sup> (2021), ainda na mesma agenda de pesquisa, a questão é a diversidade do conselho de administração em relação ao gênero e a ocorrência de cartéis na União Europeia entre 2010 e 2019. A princípio, os resultados apontam que não seria possível verificar diferenças entre os grupos em que ocorreu cartel e não ocorreu. No entanto, após sua ocorrência, em geral são indicadas mais mulheres para as vagas que deixam de estar preenchidas.

Também com o objetivo de verificar as diferenças entre o comportamento colusivo de acordo com o gênero, foi realizado um experimento conduzido por Haucap e Heldman, em sessões online realizadas em um laboratório de uma universidade alemã, entre janeiro e março de 2021<sup>10</sup>. O resultado indicou que, para a situação em que a colusão resulta em um dano a um terceiro, o comportamento colusivo do gênero feminino é muito inferior ao masculino. O estudo também leva em conta outros fatores e realiza uma série de testes para verificar a robustez dos resultados encontrados.

Para o eixo envolvendo representatividade feminina em cargos públicos, as autoras Mkatshwa et al<sup>11</sup> se debruçaram sobre a lei antitruste sul-africana e procuraram entender como essa legislação tem servido como um instrumento político com o qual o governo tem almejado abrir mercados e possibilitar maior participação econômica da população, particularmente para pessoas historicamente desfavorecidas ("HDPs", na sigla estrangeira). Tal medida, segundo as autoras,

---

expected way, thus representing a risk for the preservation of the illicit conduct's dynamics.”

<sup>9</sup> BORRELL, J. R. *et al.* Gender bias in cartel engagement. IN: OCDE. **Gender Inclusive Competition Policy**. 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/gender-inclusive-competition-policy.htm>

<sup>10</sup> HAUCAP, J; HELDMAN, C. RAU, A. Gender and Collusion. IN: OCDE. **Gender Inclusive Competition Policy**. 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/gender-inclusive-competition-policy.htm>

<sup>11</sup>MKATSHWA, B.; TSHABALALA, M.; PHALA, S. Prioritising gendered public interests considerations. IN: OCDE. **Gender Inclusive Competition Policy**. 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/gender-inclusive-competition-policy.htm>

acarretou uma forma mais rigorosa de garantia do *enforcement* antitruste, e que vem sendo progressivamente aplicada, na África do Sul. Assim, a participação dos chamados *stakeholders* é fundamental para a aplicação da defesa da concorrência no país. Dessa forma, o artigo objetiva pontuar as lições do ordenamento sul-africano (em especial de seu direito antitruste) que possuem o intuito de endereçar problemas étnico-raciais e socioeconômicos historicamente vividos por aquela nação, em especial aqueles na intersecção entre gênero e concorrência.

Por fim, Kovacic<sup>12</sup> discute os desafios para se atingir um maior sucesso nas políticas públicas voltadas à redução da desigualdade de gênero em órgãos de defesa da concorrência. Uma das soluções aventadas seria a inclusão da temática de gênero na definição de prioridades e na seleção de projetos do órgão. Nessa linha, o autor propõe a efetivação de uma maior diversidade de gênero em todos os níveis de autoridades antitruste, especialmente nos cargos de liderança, bem como nas equipes dos órgãos responsáveis pelas tomadas de decisões estratégicas, como a definição de orçamentos, atribuição de recursos, escolha de casos e estudos etc. O autor propõe um estudo cuidadoso das práticas atualmente adotadas pelas autoridades sobre estes temas, de modo a identificar antecedentes úteis para a promoção de uma política de gênero mais inclusiva. Por fim, o autor sugere uma maior ênfase na quebra das barreiras artificiais de entrada que tendem a bloquear o desenvolvimento de novos negócios por mulheres no bojo das autoridades de defesa da concorrência.

Estes trabalhos da OCDE não são os únicos sobre a temática. O estudo de Bhaduri e Dhonchak<sup>13</sup> há potenciais intersecções entre gênero e concorrência a partir do ponto de vista do empregador enquanto monopsonista (i.e., contratante de força de trabalho). Segundo o artigo, um maior poder de mercado por parte dos empregadores pode

---

<sup>12</sup> KOVACIC, W. Incorporating gender as a prioritization principle and project selection criterion in competition agencies. IN: OCDE. **Gender Inclusive Competition Policy**. 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/gender-inclusive-competition-policy.htm>

<sup>13</sup> BHADRURI, Anik.; DHONCHAC, Anupriya. Antitrust as anti-discrimination: Labor Markets and the gender wage gap. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4346109>

levar a salários diferentes de acordo com o gênero, pelo uso da posição dominante por parte dos empregadores, mesmo havendo uma proibição para tal. Para os autores, há um papel relevante no antitruste para proibir este tipo de conduta, principalmente para evitar os salários discriminatórios e fazer o uso da negociação coletiva para fomentar uma maior igualdade de condições salariais.

Assim, nota-se que temos uma semente de aprofundamento da relação entre gênero e antitruste, mas a temática não é exaurida nestas contribuições. Há um grande espaço para que mulheres participem de forma ativa escrevendo sobre o antitruste, bem como para atuarem no antitruste auxiliando na criação de um ambiente de maior competição e desenvolvimento, com aumento de bem-estar da economia como um todo. Assim, a ideia trazida nos *papers* da OCDE e nos demais trabalhos aqui mencionados é a de que o jogo muda quando temos mais diversidade na mesa.

É preciso compreender que a política de concorrência afeta um conjunto diversificado de indivíduos, de modo que ela é vivenciada de formas diferentes por cada um deles. Como visto, as mulheres podem contribuir ativamente para promover um ambiente de mercados mais competitivos. Da mesma maneira, a lente de gênero também promove no âmbito acadêmico.

Para além do necessário aprofundamento da intersecção com o antitruste, a pauta de gênero no campo pode ser fortalecida de outras maneiras. A rede WIA busca contribuir com este campo e, com projeto do Livro Nacional da WIA, que hoje chega em sua quinta edição, tem o condão de incentivar a produção bibliográfica elaborada por mulheres, voltada para o Direito da Concorrência. Ao termos uma ampla gama de autoras debruçadas sobre a temática do antitruste, podemos ter pontos de vista mais diversos, que se complementam com a doutrina existente e, assim, permitem avançar nas questões afetas à concorrência como um todo.

O edital para o volume V da obra *Mulheres no Antitruste* teve o número recorde de submissões dentre todos os livros WIA. Foram 37 mulheres coautoras apenas nessa obra, de diferentes perfis e experiências profissionais e acadêmicas, desde pós-doutoras a graduandas, todas dedicadas a desbravar pesquisa de conteúdo relevante aos estudiosos e aplicadores do antitruste. Outra inovação dessa edição foi contemplar temas que não se limitam à tradicional

divisão temática de concentração econômica, infrações à ordem econômica e política antitruste.

A tarefa para seleção desses artigos foi atribuída a um Comitê Científico composto por doutoras convidadas da rede WIA. Todos os trabalhos foram avaliados pelo método *double blind review* e, quando necessário, passaram por correções sugeridas pela comissão científica antes da publicação.

A edição recebeu o brilhantismo da professora **Ana Frazão** que gentilmente elaborou o seu prefácio. Professora da UnB advogada e ex-Conselheira do Cade, a professora Ana Frazão possui inúmeras publicações e contribuições na área do antitruste, como seu podcast, sua coluna no Jota e a participação em diversos eventos acadêmicos, dentre outros.

Este volume conta também com uma entrevista que em muito enriquece a obra, com uma das maiores protagonistas do Antitruste: **Eleanor M. Fox**. Sendo uma das referências centrais na reflexão crítica sobre o antitruste, especialmente em seus estudos sobre os países em desenvolvimento, a professora Fox, aos 86 anos, nos brinda com a sua sabedoria em uma entrevista ao colaborador Mário Cabral, e nos fala um pouco sobre questões relacionadas ao futuro do antitruste e o papel das mulheres em sua formação.

Tendo em vista o sucesso da iniciativa anterior e o propósito da rede e da Diretoria Acadêmica de estimular a participação de mais mulheres e de divulgar o trabalho de outras, essa edição realizou uma premiação para os três artigos mais bem avaliados pela comissão científica. No final de outubro de 2022, durante o evento *Seminário Internacional de Direito da Concorrência*, organizado pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – IBRAC, foram anunciados os melhores artigos selecionados para a obra V Livro Mulheres no Antitruste.

A terceira colocação foi agraciada com um empate entre três artigos primorosos, todos merecedores do Terceiro Lugar na Premiação V Livro Mulheres no Antitruste. A premiada **Jéssica de Araújo Silva Caieiro** retrata em seu artigo "*Inteligência Artificial e Antitruste: um caso prático*" sobre a aplicabilidade de técnicas da ciência de dados à prática do direito concorrencial, com a apresentação de um caso prático e uma breve análise da relação entre as técnicas de inteligência artificial e antitruste.

Os outros dois artigos que dividem o pódio do terceiro lugar exploraram vertentes diferentes, contudo igualmente importantes, sobre o tema reparação de danos concorrenciais. A autora premiada **Beatriz Kenchian**, em seu artigo "*Enforcement Privado na Ação Coletiva para Reparação de Danos Concorrenciais*", propõe uma análise sobre possibilidade do uso da tutela coletiva como instrumento para reparação de danos causados pela prática de ilícitos concorrenciais. Já a premiada **Micaela Barros Barcelos Fernandes** reflete sobre o "*Uso da Arbitragem nas Ações de Reparação de Danos Concorrenciais*", tecendo considerações sobre sua adoção como um meio alternativo de solução de conflitos de interesses.

Em segundo lugar encontra-se o artigo de **Luiza Sahb Nóbrega**, denominado "*Art. 88, §7, da Lei nº 12.529/2011 em foco: repercussões práticas e perspectivas para o futuro*". Com o objetivo de inserir o debate acerca de sua aplicação na agenda antitruste nacional (especialmente em operações envolvendo mercados digitais), a autora apresenta a repercussão do dispositivo legal na prática do Cade, explorando as oportunidades em que a autoridade utilizou a prerrogativa de determinar a submissão *ex post* de operações, a princípio não notificáveis, à análise concorrencial.

O destaque do primeiro lugar na Premiação V Livro *Mulheres no Antitruste* foi ocupado pelo artigo "*Quando é necessário notificar ao Cade um contrato de distribuição? Uma tentativa de identificar os parâmetros de análise utilizados pelo Cade à luz da Resolução nº 17/2016*", da autora **Luana Graziela A. Fernandes**. A partir de uma belíssima análise da jurisprudência do CADE quanto ao controle preventivo de operações que envolvam contratos de distribuição, a autora procurou os parâmetros utilizados pela autoridade antitruste para enquadrar ou não tais operações como contratos associativos, apresentando reflexões interessantes sobre a necessidade de segurança jurídica na interpretação dos critérios caracterizadores dos contratos associativos. Cabe ressaltar que a relevância da temática, bem como a qualidade técnica estão presentes em toda a obra e não apenas nos artigos já mencionados.

A seção de concentração econômica também foi contemplada com o artigo "*Eficiências em atos de concentração: qual é o padrão de análise?*". **Anna Olímpia de Moura Leite, Verônica de Castro Lameira e Raytza Resende Yoshimura Couto** buscam identificar o padrão de análise das eficiências antitruste considerado nos processos

de atos de concentração submetidos à apreciação do Cade, utilizando-se do estudo de casos brasileiros recentes e de relevo nacional à luz da jurisprudência brasileira e internacional.

**Paula Wardi Lana Marchezini** apresenta “*Os desafios criados pelas novas formas de condutas coordenadas para a proposição e assinatura de acordos de leniência*”, e, para tanto, traz o histórico dos programas de leniência e reflete acerca dos desafios criados para a proposição e assinatura de tais acordos (baseados em condutas tradicionais), pelas formas de coordenação que tem se tornado mais frequente com a ascensão dos mercados digitais. Além disso, o artigo tece ponderações sobre como outros instrumentos de detecção (como *screening* ou programa de recompensas antitruste) podem ser capazes de complementar a leniência no objetivo de identificar e condenar cartéis.

**Camila Monferrari Oliveira** trabalha o instituto da arbitragem e o instrumento do TCC em seu artigo “*Cláusula de submissão obrigatória ao juízo arbitral em Termos de Compromisso de Cessação (TCC): panorama de benefícios e desafios*”, refletindo sobre as mudanças legislativas oriundas da Lei n. 14.470/2022 à Lei n. 12.529/2011, o veto presidencial, bem como as vantagens e preocupações sobre o seu uso na persecução privada concorrencial.

Proteção de Privacidade foi o tema desbravado pelas autoras **Daniela Scheuermann Celada** e **Natasha Siqueira Mendes de Nóvoa**. No artigo “*A proteção da privacidade pelo direito antitruste: uma análise sobre o possível enquadramento da exploração excessiva de dados como infração à ordem econômica nos termos da Lei 12.529/2011*” as autoras avaliam os limites da aplicação do Direito Antitruste em casos de falhas de mercado relacionadas à privacidade no contexto das plataformas digitais, e, nesse aspecto, trazem considerações sobre a possibilidade de enquadrar condutas relacionadas à imposição de políticas de exploração de dados como infração à ordem econômica, nos termos da Lei 12.529/2011. O artigo explora diversos aspectos relacionados a essa discussão, como o pioneiro caso alemão *Facebook v. Bundeskartellamt*, o regulamento europeu dos mercados digitais (“Digital Markets Act”), e a posição da autoridade concorrencial brasileira. Além disso, as autoras refletem a respeito da razoabilidade da aplicação de sanções antitruste para sanar questões de proteção de dados.

**Giovanna de Amorim Freitas** no artigo “*Inteligência Artificial e o Direito da Concorrência*” estuda a intercessão entre o Projeto de Lei nº 21/2020 e o Direito da Concorrência, e apresenta o dilema entre aos benefícios do uso da IA como ferramenta para o sucesso da atividade empresarial *versus* sua potencialidade em gerar vantagens anticoncorrenciais alheios ao escopo jurídico do antitruste.

**Anna Carolina Pinho** em “*Análise sobre o protecionismo*” explora áreas relacionadas à política e à economia, trazendo uma abordagem crítica sobre a vocação econômica dentro das instituições internacionais e sua forma de regulação. Para tanto, fez um estudo quanto às questões atuais inerentes ao protecionismo no comércio internacional.

Por fim, as autoras **Elena Moura Leite Martin, Maria Carolina Polo Vieira e Victória Ximenes Diamantino** no artigo “*Concorrência desleal: uma breve análise a partir do caso Hope vs. Loungerie*” realizaram o estudo de caso sobre como o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Superior Tribunal de Justiça abordaram o assunto, tecendo ponderações sobre instituto da concorrência desleal no ordenamento jurídico brasileiro e a sua não configuração como infração à ordem econômica.

Com esta obra, espera-se contribuir ainda mais para a promoção de maior equidade de gênero no antitruste e na academia. Desejamos a todos e todas uma boa leitura.

## CONVERSA COM A PROFESSORA ELEANOR M. FOX

*Eleanor M. Fox e Mário André Machado Cabral*

Nova York, 13 de maio de 2022

### **Introdução**

Aos 86 anos, depois de mais de quatro décadas lecionando na Universidade de Nova York (NYU), a professora Eleanor M. Fox está se aposentando. Fox é uma referência central na reflexão crítica sobre o antitruste. Ela promete se manter próxima da universidade e dos alunos, continuar suas atividades acadêmicas e seguir publicando e participando de conferências.

Para nós brasileiros, Fox tem uma particular importância, por seus estudos a respeito dos países em desenvolvimento. Não é comum que acadêmicos de países desenvolvidos – notadamente na área da defesa da concorrência – dediquem tanto tempo a pensar os desafios jurídicos e econômicos da periferia do capitalismo. A obra de Fox nos fornece insumos valiosos.

Nesta conversa ocorrida em seu gabinete na Faculdade de Direito da NYU, Fox nos fala sobre sua trajetória, o impacto da Escola de Chicago, os Neobrandeisianos, o Brasil, o futuro do antitruste e o papel das mulheres no antitruste. Por fim, a professora nos brinda com uma preciosa recomendação aos jovens estudantes e advogados.

### **Entrevista**

*Mário Cabral* – This is your last semester as a professor at NYU [Spring, 2022]. You are such an important, inspiring scholar in the antitrust field. I'd like to take this opportunity to ask you a few questions on your background, your career, and how you see the future of antitrust. So, firstly, I'd like to ask you on your first years after having graduated at NYU School of Law. Between your graduation and the start of your activities as a professor, what did you do?

*Eleanor Fox* – I was at the law firm Simpson Thatcher & Bartlett. I was first an associate and then I became a partner. I did antitrust consulting as well as litigation of all sorts: constitutional, securities, corporate, and antitrust.

*MC* – That's how you fell in love with antitrust?

*EF* – Yes! Fortunately for me, I had some cases in which I was representing plaintiffs. We were representing companies against bigger companies. Under the US law at the time, antitrust enforcement helped clear the path for outsiders; firms without power. But that changed. I was practicing in the 1960s and 1970s, when in the US antitrust was antagonistic to market power and was trying to break it down. Antitrust was not concerned with defendants’ claims of efficiencies, believing that competition would produce both access and efficiencies.

*MC* – That’s interesting, because in the late 1970s, things changed in the US antitrust.

*EF* – That’s right. It began to change in the late 1970s. In the 1980s, after Reagan became President, it changed decisively. There was a reversal of course.

*MC* – Was there someone you consider that has influenced your decision to pursue a career in the antitrust law field?

*EF* – I admired several people. These included Larry Sullivan, a law professor at Berkeley, who had just written the best antitrust treatise, Betty Bock, an economist with the Conference Board, Max Blecher, a leading plaintiffs’ lawyer in California, and Walter Adams, an economics professor at Michigan State, who testified on the plaintiff side and wrote pathbreaking books on the structure of industry and the importance of competitive structure to fair and efficient results. Also Fred (Alfred) Kahn, who was a leader in deregulation in the United States, especially in airlines and energy, and who wrote a leading book on Fair Competition. Betty organized popular annual conferences in which she brought together “regulars” at different ends of the political economy spectrum from Bob Bork to Walter Adams, at which differences in assumptions and perspectives were brought out starkly and congenially explored. She usually invited me to speak. My senior partner Whitney North Seymour, also a great influence on me, always gave the introduction; he dubbed the conferences the Bock Festival.

*MC* – This semester I was once more reading your paper [“The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium”](#)<sup>1</sup>, which is a paramount piece in the antitrust debate. When you wrote this piece, did you think that

---

<sup>1</sup> FOX, Eleanor. The modernization of Antitrust: A New Equilibrium. **Cornell Law Review**. 1981.

many decades after, people would be reading, discussing, and considering it relevant for the current antitrust debate?

*EF* – When I wrote *Modernization of Antitrust*, Chicago School was the camel’s nose in the tent. Chicago ideology was getting a bigger and bigger grip, which was soon to revolutionize US antitrust, flipping it from being against power to being for efficient outcomes. I thought that I had the perfect solution. I argued that the core of US antitrust at the time was wise law, but courts had taken the principles too far and the prescriptions had become overbroad. There had to be a cap on antitrust aggressiveness; we had to start listening to the pro-business defenses, including efficiency. But my perspective was not accepted. There was an antitrust revolution, rather than a moderate cap. Efficiency and the assumption that what business does is efficient replaced the concern for power and its abuse. So, I was disappointed. My article lay in limbo for 40 years. Much, much later, Lina Khan, now chair of the US FTC, cites it, trying to revive the spirit of what antitrust had been. That is what I did not expect.

*MC* – As a person who has come from a progressive background, I am sympathetic to what people like Khan and Tim Wu are trying to do, but when it comes to some aspects of the historical analysis addressed by Wu in “The curse of bigness” and to some of the policy propositions addressed by them, I see some room for criticism. And I believe such criticism is the academia’s role. However, politically, I feel somehow uncomfortable to criticize, because they are trying to push antitrust in the direction of controlling market power – what some progressive scholars have been claiming for years. As a scholar, who also has come from a progressive background, how do you see this Neo-Brandeisian movement?

*EF* – I know exactly what you mean. Before I answer your question, I would like to give you a context or maybe an analogy. When the Chicago School was a neophyte, those individuals who associated themselves with Chicago School did not criticize one another. But behind the façade of consensus, there was a continuum of thought. For example, Richard Posner was not at the same point in the political economy spectrum as Frank Easterbrook was. Easterbrook is libertarian. Posner believed firms were trying to get market power and the market would not necessarily “catch” them if they did. Chicagoans got traction for Chicago School by offering a simple paradigm and not criticizing each other.

So, how much and how ardently should you criticize a movement that is moving in the right direction but is going too far? How much and how ardently should Neo-Brandeisians dissociate themselves from progressives

who want to stick with pro-market values for antitrust? The more centrist progressives and the Neo-Brandeisians are a natural coalition for moving the law towards more open markets and fewer powerful mergers, but strategies have eroded the ground for coalition.

The law needs to be moved. It is very hard to move the law. I address some of the issues in [The Decline, Fall, and Renewal of U.S. Leadership in Antitrust Law and Policy](#) [CPI Antitrust Chronicle, April 2022].

*MC* – I would also like to ask you on developing countries. You are an American antitrust scholar who is highly interested in developing countries. This is not very usual. Where does such interest come from?

*EF* – My interest started with transitional economies with the fall of the Berlin Wall. The American Bar Association organized the CEELI initiative in 1990 and 1991 concerning the post-Soviet countries, and through the ABA I advised Poland, Hungary, Czech Republic and Slovakia on drafting their competition statutes. I then became involved with UNCTAD and began to think seriously about competition laws from the perspective of developing countries. I began to understand their unique terrain and conditions and the subtle problems with transplants (for I gradually realized that I was giving too much deference to “the way the West does it”). The authorities of various developing countries began to invite me to give lectures and interact with their competition law/policy communities. Frederic Jenny has been a very important influence on me. I have had many conversations with him beginning in the 1990s, and perhaps have absorbed a little bit of his extraordinary knowledge and perspective which is constantly enriched by his engaging on the ground with so many people in so many countries and communities.

*MC* – Which are your thoughts on the Brazilian antitrust experience?

*EF* – Brazil is well known for a significant, stable competition policy. It does seem to be conservative. For a long time, CADE had almost no monopolization cases. Its enforcement was mostly against cartels and mergers; almost all mergers were allowed; some cartels – and some devastatingly harmful cartels – were unearthed and cartel members were punished. Famously, there was a cartel enforcement in a case involving Petrobras bids. There was also a Petrobras abuse of dominance case. You wrote about it, didn't you?

*MC* – Yes, I wrote about a paramount case involving Petrobras refineries, and my point was that there was no case there: there was no

anticompetitive behavior from Petrobras. The government just wanted to privatize Petrobras refineries, and they instrumentalized Cade to give some degree of legitimacy to the privatization decision, even without Cade having authority to act. Cade's authority to launch an investigation comes from evidence of economic power abuse – not from economic power itself. Petrobras was investigated even without any evidence of abuse, based on the insufficient argument that it enjoyed market power.

*EF* – If Petrobras were in private hands, do you think that it would be more efficient?

*MC* – Not necessarily. Oil is a very specific, strategic asset. I cannot imagine the Norwegian government privatizing its oil state-owned company based on efficiency arguments. Oil still is a fundamental asset for the countries, especially for geopolitical reasons. I have a paper specifically written on this issue [[Abuse of Dominant Position and Cease-and-Desist Agreements: Risks to Brazilian Competition Policy Arising from the Atypical Case of Petrobras' Refineries](#), GRUR International, 2020], and one of my arguments is that, if Cade coherently applies this reasoning it applied to Petrobras, they should break up other private companies just because they are dominant in their industries. Why has Cade only applied such odd standard to Petrobras? Because it is a state-owned enterprise? It is hard to understand.

*EF* – I did learn from your paper about breaking up Petrobras because it was too big. This was really interesting. Authorities and experts around the world are saying: What do we do with the mega companies, which in many cases are bigger than most nations and in many cases abuse their dominance? Do we break them up? I've never seen the Petrobras breakup cited.

*MC* – Professor Fox, I would like to ask you my final questions. What do you think about the future of antitrust? We are witnessing the Neo-Brandeisian movement in the US government. We are not sure whether the courts will allow them to move forward. Meanwhile, in some countries, even in developing ones, antitrust authorities are still very conservative, and changes are not foreseeable. How do you see the future of antitrust in the US and abroad?

*EF* – For the US, unless legislation changes the law, it is going to be antitrust as usual. That means a focus on cartels, vetting mergers, conditioning a number of mergers and maybe prohibiting a few huge mergers (although the current administration is trying to do much more).

The right, or right of the center, prefer the narrow view of antitrust and prefer to allow most unilateral conduct. That will continue. For developing countries, it is very important to find and punish cartels and abusive conduct that forecloses outsiders, and to prevent anticompetitive mergers. Apparently, a huge number of cartels obstruct business competition and hurt consumers and distort the market process. Abuse of dominance is the big area of challenge, worldwide, because the right and center-right do not want much antitrust intervention while centrists and technicians are concerned about power and its abuse. That's the big tech problem. Europe is far ahead in controlling significant market power especially of the big tech firms. The advances in Europe can be useful. Developing countries are considering how they can harness them.

*MC* – How do you see the role of women in antitrust law and policy?

*EF* – Generalizations are difficult, but this is what I believe. I think the better category is — the role of outsiders. Those who are not naturally in the insider group tend to see with more objectivity how power is amassed, used and abused, because they are also victims of subtle and not so subtle abuses of power. And they are more likely to call it out. Therefore, they may be more likely to be constructive critics.

*MC* – What kind of recommendation would you give for antitrust students and young practitioners?

*EF* – For students, I recommend: Engage with the issues. Learn how control of power can improve people's lives. Think about how control of power can also safeguard democracy and give people more freedom, autonomy and dignity. Be aware that both public and private power can suppress freedoms. Practicing antitrust law can be a joy, and always interesting. To be a good practitioner, it is important to know all of the technical details, but do not forget that assumptions underlie the technical details. Look at the big picture and think about what ought to be done to control power and improve lives.

*MC* – Thank you, Professor Fox. Congratulations for such an inspiring career.

**PARTE 1 –  
CONCENTRAÇÃO  
ECONÔMICA**

## **1. QUANDO É NECESSÁRIO NOTIFICAR AO CADE UM CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO? UMA TENTATIVA DE IDENTIFICAR OS PARÂMETROS DE ANÁLISE UTILIZADOS PELO CADE À LUZ DA RESOLUÇÃO Nº 17/2016**

*1. WHEN IT IS NECESSARY TO NOTIFY TO CADE A DISTRIBUTION AGREEMENT? AN ATTEMPT TO IDENTIFY THE REVIEW PARAMETERS USED BY CADE IN LIGHT OF RESOLUTION NO. 17/2016*

*Luana Graziela A. Fernandes*

**Resumo:** A Lei nº 12.529/2011 introduziu a figura do contrato associativo como uma nova modalidade de ato de concentração sujeita à aprovação prévia do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Por meio de resoluções internas, o CADE tem buscado definir critérios para a identificação de contratos associativos em operações entre empresas. Contudo, o conteúdo subjetivo dos critérios criados pode levantar dúvidas quanto ao seu preenchimento em certas relações contratuais, tal como a distribuição de bens e serviços. O objeto deste estudo é analisar a jurisprudência do CADE quanto ao controle preventivo de operações que envolvam contratos de distribuição, a fim de identificar os parâmetros utilizados pela autoridade antitruste para enquadrar ou não tais operações como contratos associativos. Ao fim, o trabalho traz uma abordagem crítica quanto à necessidade de segurança jurídica na interpretação dos critérios de caracterização de contratos associativos.

**Palavras-chave:** Direito Concorrencial; Controle de estruturas; Contratos de distribuição; Resolução/CADE nº 17/2016.

**Abstract:** Law No. 12.529/2011 introduced the concept of the associative agreement as a new type of concentration act subject to the prior approval of the Administrative Council for Economic Defense (Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE). Through internal resolutions, CADE has sought to define criteria for the identification of associative agreements in transactions between companies. However, the subjective content of the criteria created may raise doubts as to their fulfillment in certain contractual relationships, such as the distribution of goods and services. The purpose of this study is to analyze CADE's case law regarding the merger control of transactions involving distribution

contracts, in order to identify the parameters used by the antitrust authority to classify or not such transactions as associative agreements. At the end, the work brings a critical approach as to the need for legal certainty in the interpretation of the criteria for characterization of associative agreements.

**Keywords:** Antitrust Law; Structural control of economic power; Distribution agreements; CADE.

## 1. Introdução

A Lei nº 12.529/2011, ao entrar em vigor em maio de 2012, introduziu, em seu artigo 90, IV, uma nova categoria de ato de concentração sujeita à aprovação prévia do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”): os contratos associativos. Como a Lei não indicou o conceito de contrato associativo, desde então, isso tem sido tema de debate entre membros do CADE, advogados, economistas e administrados, que buscam uma melhor compreensão do assunto.

Afinal, tendo em vista a crescente importância de contratos relacionais entre empresas – que se apresentam como uma “terceira via” entre a empresa e o mercado<sup>1</sup> –, é necessário estabelecer uma diferenciação entre as modalidades de contratos desse tipo, sejam relacionais, sejam associativos, com o objetivo de definir o que atrai ou não a incidência do controle de estruturas.

O fato de os tipos contratuais não aparecerem mais como modalidades estanques na realidade atual, com as partes possuindo liberdade para estabelecer compromissos diversos que mais se adequem às suas necessidades, dificulta ainda mais a caracterização da figura de contratos associativos, sendo necessário fixar um conteúdo típico dessa modalidade, mais do que o nome que lhe é atribuído ou a forma jurídica que lhe reveste<sup>2</sup>.

Nesse contexto, contratos de distribuição, *a priori*, não são considerados como atos de concentração, por consistirem apenas em um instrumento contratual por meio do qual uma pessoa ou empresa se obriga a realizar, de forma contínua e mediante retribuição, operações mercantis

---

<sup>1</sup> FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>2</sup> CAIXETA, Déborah. Contratos Associativos: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas. Revista de Direito da Concorrência, vol. 4, n. 1, 2016.

por conta de outrem, em um determinado território<sup>3</sup>, não alterando o ambiente competitivo. No entanto, as empresas têm cada vez mais diversificado o conteúdo de contratos de distribuição, coordenando as atividades de distribuição, criando comissões conjuntas para tomada de decisões e prevendo acesso a informações operacionais decorrentes das vendas, o que passa a fomentar dúvidas quanto à necessidade de notificação como um contrato associativo.

A regulamentação do dispositivo da Lei nº 12.529/2011 que faz referência a contratos associativos somente ocorreu quase três anos após sua publicação, por meio da Resolução nº 10/2014 do CADE. Para fins desta resolução, seriam de notificação obrigatória ao CADE aqueles contratos com duração superior a 2 anos havendo “cooperação horizontal ou vertical ou compartilhamento de risco que acarretem, entre as partes contratantes, relação de interdependência”<sup>4</sup>.

Ocorre que a definição apresentada pela Resolução nº 10/2014, na prática, tornou-se extremamente abrangente, onerando os administrados e o próprio CADE, na medida em que diversos contratos rotineiros, que não suscitavam qualquer preocupação concorrencial, passaram a ser de notificação obrigatória<sup>5</sup>. Ademais, a referida Resolução foi criticada por trazer critérios de participação de mercado para o conhecimento de operações, o que, inclusive, já havia sido afastado pela Lei nº 12.529/2011<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil, Volume III – Contratos. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

<sup>4</sup> De acordo com o §1º do artigo 2º da Resolução nº 10/2014: “considera-se que há cooperação horizontal ou vertical ou compartilhamento de risco que acarretam relação de interdependência: I - nos contratos em que as partes estiverem horizontalmente relacionadas no objeto do contrato sempre que a soma de suas participações no mercado relevante afetado pelo contrato for igual ou superior a vinte por cento (20%); ou II – nos contratos em que as partes contratantes estiverem verticalmente relacionadas no objeto do contrato, sempre que pelo menos uma delas detiver trinta por cento (30%) ou mais dos mercados relevantes afetados pelo contrato, desde que preenchida pelo menos uma das seguintes condições: a) o contrato estabeleça o compartilhamento de receitas ou prejuízos entre as partes; b) do contrato decorra relação de exclusividade.”

<sup>5</sup> REIS NETO, Lauro Celidonio, ESTEVÃO, Ana Carolina. Contratos associativos à luz da jurisprudência do CADE. In. Jurisprudência do CADE Comentada. Pedro Paulo Cristofaro e Vicente Bagnoli (Org.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

<sup>6</sup> FRAZÃO, 2017.

Diante disso, em outubro de 2016, o CADE publicou a Resolução nº 17/2016, apresentando novos critérios para determinar a existência de um contrato associativo e, conseqüentemente, a obrigatoriedade de notificação ao CADE. Essa nova resolução passou a definir contratos associativos como:

quaisquer contratos com duração igual ou superior a 2 (dois) anos que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica, desde que, cumulativamente, o contrato estabeleça o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto; e as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato.

Como se vê, a nova resolução não solucionou todos os problemas ao manter critérios com conteúdo subjetivo, como “empreendimento comum” e “compartilhamento dos riscos e resultados”, sem apresentar conceitos objetivos que os definissem.

Diante disso, o objeto deste estudo é analisar a jurisprudência do CADE, sob a égide da Resolução nº 17/2016, especificamente a respeito de contratos de distribuição como uma espécie de contrato associativo, de forma a buscar identificar quais critérios têm sido utilizados pelo CADE para considerar a necessidade de notificação prévia à autoridade antitruste dessa modalidade de contrato.

Para tanto, foi adotada metodologia para identificar os casos analisados pelo CADE que envolvessem contratos de distribuição após a publicação da Resolução nº 17/2016, a fim de mapear quais parâmetros foram adotados pelo CADE para seu conhecimento ou não. O intuito final do estudo é contribuir para uma melhor compreensão dos trabalhos que têm sido conduzidos pelo CADE a respeito do controle preventivo da celebração de contratos de distribuição.

## **2. Metodologia**

Para a identificação de atos de concentração analisados pelo CADE envolvendo contratos de distribuição, procedeu-se à pesquisa no Portal SEI do CADE das expressões “Contrato de Distribuição”; “relação contratual de distribuição”; e das expressões “contrato associativo” e “distribuição” em conjunto, no campo “Pesquisa Livre”, incluindo a marcação dos campos “Processos” e “Documentos Gerados”.

A partir da pesquisa, foram identificados documentos gerados a partir de março de 2015 até a data de finalização deste estudo, 1º de junho de 2022. Com base nos documentos obtidos, analisou-se quais atos de concentração de fato consistiam na celebração de um contrato de distribuição para os fins deste artigo<sup>7</sup>.

A partir da análise, foram catalogados dez atos de concentração em que o CADE analisou o enquadramento de contrato de distribuição ao disposto no *caput* do artigo 2º da Resolução nº 17/2016, conforme o quadro de precedentes abaixo (Quadro 1), com número do processo, razão social das requerentes, ano em que a operação foi analisada pelo CADE e a decisão final da autoridade antitruste.

**Quadro 1 – Quadro de precedentes envolvendo Contratos de Distribuição**

<b>Processo</b>	<b>Requerentes</b>	<b>Ano</b>	<b>Resultado</b>
<b>08700.001283/2021-64</b>	Coca-Cola Indústrias Ltda. e HNK BR Indústria de Bebidas Ltda.	2021	Não conhecido.
<b>08700.006646/2020-77</b>	Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda. e Cebrace Cristal Plano Ltda.	2020	Conhecido. Aprovado sem restrições.
<b>08700.004688/2020-</b>	Warner Bros. (South), Inc.,	2020	Conhecido.

<sup>7</sup> Três Atos de Concentração, embora versassem sobre distribuição, não foram considerados para os fins deste estudo, pelos motivos listados a seguir:

(i) Ato de Concentração nº 08700.002424/2021-66 (Serasa S.A., SPC Brasil, Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL) e entidades associadas): tratou-se de operação relativa ao aditamento de convênio que disciplina o direito de acesso recíproco às informações de crédito constantes nas bases de dados da Serasa Experian e do SPC Brasil, assim como a atualização dos termos do Contrato de Distribuição, acessório ao convênio, que regula a aquisição e distribuição, pelo SPC, de dados e serviços da base de dados da Serasa.

(ii) Ato de Concentração nº 08700.004922/2019-29 (Arezzo Indústria e Comércio S.A. e VF do Brasil Ltda.): o Contrato de Distribuição foi notificado conjuntamente a um Contrato de Aquisição de Ativos. Assim, a operação foi conhecida sob a hipótese do artigo 90, II, da Lei nº 12.529/2011;

(iii) Ato de Concentração nº 08700.003955/2018-71 (Cristália Produtos Químicos Farmacêuticos Ltda. e Instituto Biochimico Indústria Farmacêutica Ltda.): o CADE não empreendeu uma análise de seu enquadramento à Resolução nº 17/2016, especialmente em razão de o contrato estar relacionado ao Ato de Concentração 08700.001346/2017-04, que havia sido analisado anteriormente.

73	Filial Brasileira e Universal Studios Limited		Aprovado sem restrições.
08700.001943/2020-26	Novartis Biociências S.A. e Divcom S/A.	2020	Não conhecido.
08700.004835/2019-71	Johnson & Johnson do Brasil Indústria e Comércio de Produtos para Saúde Ltda. e Cellera Farmacêutica S.A.	2019	Não conhecido.
08700.002074/2019-13	Ambev S.A. e Red Bull do Brasil Ltda.	2019	Conhecido. Aprovado sem restrições.
08700.002873/2019-90	Mondelez Brasil Ltda. e Danone Ltda.	2019	Conhecido. Aprovado sem restrições.
08700.006667/2018-78	Cebrace Cristal Plano Ltda. e Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda.	2018	Conhecido. Aprovado sem restrições.
08700.005953/2018-16	Ambev S.A. e PepsiCola Industrial da Amazônia Ltda.	2018	Conhecido. Aprovado sem restrições.
08700.008484/2016-25	Medley Farmacêutica Ltda. e Aurobindo Pharma Limited.	2017	Não conhecido.

Fonte: elaboração da Autora.

É possível notar, a partir do Quadro 1, que quatro dos atos de concentração não foram conhecidos pelo CADE, o que representa 40% do número total das operações analisadas pela autoridade antitruste envolvendo contratos de distribuição, conforme metodologia indicada acima.

### **3. Critérios utilizados pelo CADE para considerar como obrigatória a notificação prévia de contratos de distribuição**

#### *3.1 Contratos de distribuição e a Resolução nº 17/2016*

A Resolução nº 17/2016 do CADE estabelece as hipóteses de configuração de um contrato associativo, de que trata o artigo 90, IV, da Lei nº 12.529/2011, tornando-o de notificação obrigatória ao CADE.

Como mencionado, a Resolução elenca quatro requisitos cumulativos para que um contrato seja considerado associativo, quais sejam, (i) duração igual ou superior a dois anos; (ii) que as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato; (iii) estabelecimento de empreendimento comum para exploração de atividade econômica; e (iv) compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto.

Os dois primeiros requisitos (*i.e.*, duração igual ou superior a dois anos e que as partes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato) são critérios objetivos e, portanto, não foram identificadas discussões relevantes quanto ao seu preenchimento no caso concreto<sup>8</sup>.

Em relação ao critério temporal, vale ressaltar que a Resolução nº 17/2016 dispõe que o contrato que venha a atingir dois anos após a prorrogação há de ser notificado ao CADE, estando presente os demais requisitos inerentes a um contrato associativo. Assim, termos aditivos e contratos com vigência inferior a dois anos, mas com cláusula de renovação automática podem vir a ser de notificação obrigatória ao CADE, que deve ocorrer previamente à prorrogação ou renovação.

No que concerne ao segundo critério, nota-se que, conforme já reforçado pelo CADE, é possível que as partes sejam concorrentes, mas não no mercado objeto do contrato, sendo que, nesse caso, o contrato em questão não configuraria um contrato associativo<sup>9</sup>. Contudo, cabe uma ressalva quanto à interpretação deste critério em relação a contratos de distribuição: nesses casos, o objeto do contrato é a distribuição de bens ou serviços e, portanto, no entender da Autora, é necessário que as partes sejam concorrentes no mercado relevante de *distribuição* do bem ou

---

<sup>8</sup> Vale destacar que na análise da configuração de contratos associativos, o CADE tem usado os mesmos parâmetros que utiliza nos demais casos envolvendo atos de concentração, previstos no artigo 90 da Lei nº 12.529/2011, para definir o mercado do ponto de vista do produto e geográfico.

<sup>9</sup> Nesse contexto, destaca-se o Ato de Concentração nº 08700.001283/2021-64 (Coca-Cola/HNK), que compreendia a distribuição de marcas de cervejas relacionadas ao Grupo Heineken pela rede de distribuição da Coca-Cola. O CADE não conheceu a operação, por considerar que as partes não eram concorrentes no mercado objeto do contrato. O contrato afetava o mercado de distribuição de bebidas alcoólicas, do qual a Coca-Cola não fazia parte. Segundo a Superintendência-Geral: “as partes contratantes não são concorrentes no mercado relevante objeto do contrato, uma vez que cervejas e bebidas carbonatadas (bem como os outros tipos de bebidas produzidas pela Coca-Cola, como sucos, chás e águas vitaminadas, por exemplo) não são substituíveis, não havendo o que se falar em sobreposição horizontal, portanto”.

serviço relacionado e não nos mercados relevantes verticalmente relacionados, como a fabricação do bem ou prestação do serviço.

Por sua vez, os conceitos de empreendimento comum e de compartilhamento dos riscos e resultados sempre geraram discussão, na medida em que dependem, em grande medida, da subjetividade do julgador ao analisar o contrato para definir se suas cláusulas geram ou não relevante interdependência entre as partes.

No julgamento do Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84 (envolvendo a Tim Celular S.A. e a Oi Móvel S.A.), o então Conselheiro Paulo Burnier consolidou, em seu voto, os principais balizadores utilizados pelo CADE para apreciar contratos associativos à luz da Resolução nº 17/2016 do CADE. Na oportunidade, o Conselheiro apresentou os seguintes conceitos para empreendimento comum e compartilhamento dos riscos e resultados:

b) estabelecimento de empreendimento comum no acordo: o parâmetro a ser considerado nesse aspecto se refere, essencialmente, ao grau de cooperação entre as partes do contrato, cabendo a constatação de se o perfil organizativo do contrato predomina sobre o seu perfil relacional. Apenas a cooperação empresarial que resulte em alto grau de interdependência entre as partes derivada do contrato associativo é que caracteriza um empreendimento comum e não qualquer forma de cooperação.

c) compartilhamento de riscos e resultados convencionado no contrato: relaciona-se à própria existência de um empreendimento comum e não se confunde com a mera verificação de receitas, faturamentos e prejuízos, sob a ótica contábil. A existência de riscos e resultados deve ser inferida pelo conjunto das cláusulas contratuais – que compõe parte da análise da própria existência de empreendimento comum.

Ocorre que, não obstante tais características restarem claras em certas situações, algumas operações encontram-se em zonas cinzentas, em que não é possível encontrar uma resposta clara em relação aos parâmetros de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados.

Como mencionado, cada vez mais se tem visto a celebração de contratos de estrutura bilateral entre empresas, que mantêm a autonomia das partes contratantes enquanto estabelecem padrões diferenciados de

cooperação<sup>10</sup>. Isso tem ocorrido também por meio de contratos de distribuição, apartando-se do modelo padrão de fornecimento e revenda independente por um terceiro, muitas vezes em razão de uma preocupação maior da empresa com o atendimento ao consumidor e por questões estratégicas de *marketing* e promoção. Para tais casos, é necessário compreender quais elementos de fato caracterizam um contrato associativo de notificação obrigatória ao CADE.

Em razão da discussão a respeito dos conceitos de empreendimento comum e de compartilhamento dos riscos e resultados, busca-se analisar como o CADE tem julgado casos envolvendo especificamente contratos de distribuição, com o objetivo de identificar se já existem parâmetros para considerar a existência de tais atributos entre as partes contratantes nesse tipo contratual.

Como indicado, para os fins deste estudo, analisaram-se dez atos de concentração cujo objeto da operação consistia em um contrato de distribuição. Em todos esses casos, o CADE pontuou especificamente sobre o conhecimento ou não da operação a partir dos requisitos previstos na Resolução nº 17/2016.

Cabe ressaltar que a análise do CADE para definir se a operação deve ou não ser conhecida, por cumprir os requisitos necessários para sua configuração como contrato associativo, baseia-se primariamente nas cláusulas contratuais estabelecidas entre as partes. Ocorre que, em razão de os termos do contrato celebrados entre as partes serem de teor restrito, conforme prevê o artigo 52, VIII, do Regimento Interno do CADE (Resolução nº 22/2019), surge mais um desafio aos administrados: compreender o que exatamente pode ser enquadrado, em termos contratuais, como característica de estabelecimento de empreendimento comum e de compartilhamento dos riscos e resultados.

Exemplificativamente, no Ato de Concentração envolvendo a Ambev S.A. (“Ambev”) e Red Bull do Brasil S.A. (“Red Bull”) (Ato de Concentração nº 08700.002074/2019-13), o CADE apontou, de forma genérica, a existência de uma “cooperação empresarial da qual resulte um relevante grau de interdependência entre as partes” para considerar o conhecimento da operação pelo CADE. A operação consistia na celebração de um contrato de distribuição, por meio do qual a Ambev distribuiria bebidas energéticas da Red Bull em determinados pontos de venda do Brasil. O Ato de Concentração, notificado originalmente

---

<sup>10</sup> FRAZÃO, Ana. Joint ventures contratuais. In. RIL Brasília a. 52 n. 207, jul./set. 2015.

segundo o rito ordinário, foi classificado como complexo pelo CADE, sendo aprovado sem restrições. Não é possível verificar, na versão de acesso público do Parecer nº 19/2019, o qual motivou a aprovação da operação, qualquer aspecto específico que tenha levado o CADE a enquadrar o contrato de distribuição celebrado entre as partes como um contrato associativo.

Em razão da legítima restrição de acesso ao conteúdo dos instrumentos contratuais apresentados ao CADE, os materiais produzidos pela Superintendência Geral do CADE<sup>11</sup>, até o momento, não demonstram de forma precisa o que é considerado para o preenchimento ou não dos critérios mencionados para o conhecimento da operação. Daí resta clara a necessidade de o CADE esclarecer, de forma mais aprofundada, quais os tipos de previsões contratuais que levam à existência de um contrato associativo, a fim de proporcionar maior segurança jurídica a seus administrados.

Além disso, em diversos casos, a análise não diferenciava quais características do contrato denotavam, especificamente, a existência de empreendimento comum ou de compartilhamento de riscos e resultados, por vezes tratando dos dois critérios em conjunto.

De toda forma, a análise sistemática dos atos de concentração envolvendo contratos de distribuição submetidos ao CADE desde a entrada em vigor da Resolução nº 17/2016 permite, ao menos, apontar a existência de certos parâmetros que têm sido utilizados pela autoridade antitruste brasileira para conhecer tais operações, conforme indicado abaixo.

### *3.2 Análise dos parâmetros utilizados pelo CADE para identificar empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados em Atos de Concentração envolvendo contratos de distribuição*

Um dos critérios identificado no estudo é o de *cooperação das partes no planejamento e na gestão das tarefas relacionadas à execução das atividades de distribuição*. Nesse sentido, o CADE examinou previsões contratuais que poderiam levar a (i) uma atuação conjunta das partes para a comercialização do produto; (ii) coordenação das atividades;

---

<sup>11</sup> Até o momento de finalização deste estudo, nenhum dos contratos de distribuição chegou a ser analisado pelo Tribunal do CADE à luz da Resolução nº 17/2016.

(iii) ingerência de uma parte sobre a outra; e/ou (iii) deliberações conjuntas.

É possível compreender o motivo de o CADE utilizar tais critérios, tendo em vista que, em contratos de distribuição típicos, o distribuidor, de forma independente, compromete-se a adquirir produtos da empresa fornecedora de forma continuada para comercializá-los em determinada localização geográfica, permitindo o escoamento dos produtos<sup>12</sup>. Assim, a cooperação entre as partes na gestão das atividades de distribuição poderia indicar um afastamento desse modelo típico, em direção a um modelo de empreendimento comum.

No entanto, tendo em vista o cenário de crescente desenvolvimento de parcerias entre empresas, com cooperação bilateral para prestar serviços mais eficientes, mas sem constituir uma empresa comum, indaga-se sobre quais seriam os limites da coordenação da gestão e de atividades pelas contratantes em contratos de distribuição. Afinal, o modelo típico e padrão do Código Civil de relação de distribuição independente, em muitos casos, não mais se adequa à realidade das empresas, o que não necessariamente resulta impacto no ambiente concorrencial.

Especificamente em relação aos processos analisados, destaca-se o Ato de Concentração nº 08700.004835/2019-71, em que o CADE entendeu pelo não conhecimento da operação, especialmente em razão da inexistência de cooperação das partes nas tarefas relacionadas à execução das atividades de distribuição. O caso tratava de um contrato de distribuição celebrado entre a Johnson & Johnson do Brasil Indústria e Comércio de Produtos para Saúde Ltda. (“Johnson”) e a Celleria Farmacêutica S.A. (“Cellera”), que tinha como objeto o fornecimento de medicamentos destinados ao tratamento neurológico e gástrico, no mercado privado no Brasil, fabricados pela Janssen-Cilag Farmacêutica Ltda. (“Janssen”), pertencente ao Grupo Johnson.

Um dos motivos apontados para o não conhecimento da operação foi a “organização conjunta da atividade de distribuição após a entrega dos produtos Janssen para a Celleria”. Nesse sentido, o CADE indicou que

---

<sup>12</sup> Conforme estabelece o Código Civil: “Art. 710. Pelo contrato de agência, uma pessoa assume, em caráter não eventual e sem vínculos de dependência, a obrigação de promover, à conta de outra, mediante retribuição, a realização de certos negócios, em zona determinada, caracterizando-se a distribuição quando o agente tiver à sua disposição a coisa a ser negociada”.

havia apenas uma relação comercial entre as empresas, sem a organização de fatores de produção na busca de um objetivo comum. Confira-se:

De fato, a partir da redação do *caput* do art. 2º da Resolução CADE nº 17/2016, verifica-se que serão considerados associativos aqueles contratos que, de alguma forma, permitam a seus signatários organizarem fatores de produção na busca de um objetivo comum. Tal fato não é observado na presente Operação, na medida em que se verifica uma relação apenas comercial entre as Requerentes, na qual uma estará encarregada de adquirir e distribuir alguns produtos da outra. Ressalte-se que as condições contratuais estabelecidas na cláusula de fornecimento se destinam a organizar o processo de produção, fornecimento e distribuição de forma a alinhar a oferta à demanda do mercado consumidor, sem, contudo que haja compartilhamento de riscos e resultados entre as empresas.

Como aponta o Parecer nº 327/2019, o CADE entendeu que seria possível tratar de “assuntos inerentes a uma relação de distribuição entre as partes”, sem que o objetivo fosse coordenar as atividades das empresas de forma indistinta. No entanto, em razão da confidencialidade da cláusula a que se referia, não fica claro qual é o limite entre a discussão desses assuntos inerentes a uma relação de distribuição e a efetiva coordenação das atividades.

Além disso, foi indicado, na análise, que o contrato de distribuição celebrado não previa *ingerência de uma parte sobre a outra*, o que reforçaria a ausência de estabelecimento de empreendimento comum entre as partes<sup>13</sup>.

Nesse mesmo sentido, o CADE não conheceu do Ato de Concentração nº 08700.001943/2020-26, no qual entendeu que a operação não estabelecia empreendimento comum, nem compartilhamento de riscos e resultados. A operação tratava da celebração de um contrato de distribuição entre Novartis Biociências S.A. (“Novartis”) e Divcom S.A.

---

<sup>13</sup> O Parecer nº 327/2019 aponta, em relação a uma das cláusulas contratuais da operação, que “o objetivo dessa instância não é coordenar as atividades das empresas de forma indistinta, mas apenas tratar de assuntos inerentes a uma relação de distribuição entre as partes. De igual modo, essa disposição não importa em ingerência de uma parte sobre outra”.

(“Divcom”), por meio do qual a Novartis concedia à Divcom direito exclusivo de promover, divulgar, distribuir e comercializar certos medicamentos utilizados no tratamento de diabetes mellitus tipo 2.

Segundo o Parecer nº 154/2019, o CADE concluiu que o contrato estabelecia uma relação apenas comercial entre as partes, de modo que as condições contratuais eram destinadas somente “a organizar o processo de fornecimento, distribuição e promoção de forma a alinhar a oferta à demanda do mercado consumidor sem que, contudo, haja compartilhamento de riscos e resultados entre as empresas”. Logo, não se verificava (i) coordenação entre as atividades das partes e (ii) ingerência de uma parte sobre a outra.

Em outro caso (Ato de Concentração nº 08700.008484/2016-25) não conhecido pelo CADE em razão do não preenchimento dos critérios da Resolução nº 17/2016, esses mesmos aspectos foram levantados pelo CADE para fundamentar sua decisão. A operação tratava da celebração de contrato de distribuição, licença e fornecimento, por meio do qual a Aurobindo Pharma Limited (“Aurobindo”) pretendia distribuir, licenciar e fornecer à Medley Farmacêutica Ltda. (“Medley”) produtos farmacêuticos.

Na ocasião, foi destacado que o contrato estipulava “apenas obrigações comuns a um contrato de revenda de produtos, no caso medicamentos genéricos”. Ainda, aludiu-se que o contrato não implicava (i) ingerência de uma parte sob a outra; (ii) atuação conjunta para a comercialização dos produtos; e (iii) coordenação das atividades, seja total, seja parcial, para a exploração da atividade econômica<sup>14</sup>.

Por outro lado, o CADE conheceu a operação analisada no Ato de Concentração nº 08700.002873/2019-90, que envolvia uma relação contratual de distribuição, nos termos da qual a Danone Ltda. (“Danone”) passaria a ser distribuidora de queijos processados da Mondelez Brasil Ltda. (“Mondelez”) a clientes em todo o território nacional. Nessa ocasião, o CADE apontou que a previsão contratual de deliberações conjuntas entre as partes, poderia levar à mitigação dos riscos empresariais decorrentes da atividade, o que, dentre outros pontos, indicava o estabelecimento de compartilhamento dos riscos e resultados.

---

<sup>14</sup> O CADE destacou, no Parecer nº 17/2017, que certa obrigação contratual “não implica ingerência de uma parte sob a outra ou mesmo de atuação conjunta das partes para comercialização dos produtos, ou seja, não ultrapassa uma relação de fornecimento. Outrossim, as partes não irão coordenar suas atividades (seja total, seja parcialmente) para a exploração de atividade econômica em decorrência do Contrato em análise.”

Da mesma forma, o CADE conheceu e aprovou sem restrições o Ato de Concentração nº 08700.004688/2020-73, entre Warner Bros. (South), Inc. (“Warner”) e Universal Studios Limited (“Universal”), o qual tratava do licenciamento para a Warner, pela Universal, dos direitos de exibição cinematográfica no Brasil de filmes da Universal.

O CADE, em sua análise, concluiu que as partes constituíam um empreendimento comum, na medida em que geravam, por meio do contrato, “uma coordenação conjunta para exibição cinematográfica das produções da Universal”, pois, embora tenha sido indicado que a Universal definiria autonomamente algumas variáveis comerciais de suas produções, a Warner, enquanto sub-licenciante e distribuidora, poderia “pautar outras variáveis relacionadas às condições comerciais dessas produções (como a quantidade, horários e locais de exibição) no Brasil”.

Além disso, o CADE entendeu que o próprio instrumento contratual celebrado entre a Warner e a Universal previa o estabelecimento de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados da atividade econômica, fazendo referência à indicação das partes no formulário de notificação no sentido de que a atividade “naturalmente tem riscos financeiros inerentes, os quais este tipo de acordo visa principalmente a mitigar ao reduzir custos e maximizar eficiências”.

Também na análise da operação envolvendo a Ambev e a PepsiCola Industrial da Amazônia Ltda. (“Pepsico”) (Ato de Concentração nº 08700.005953/2018-16), o CADE ressaltou que a “coordenação conjunta para fornecimento de bens ao mercado de bebidas” levaria à identificação de um empreendimento comum entre as partes. Segundo as empresas requerentes, a notificação da operação foi realizada apenas por cautela, pois acreditavam que o aditamento de contratos celebrados entre a Ambev e a Pepsico, por meio dos quais a Ambev atuaria, com exclusividade, no engarrafamento e distribuição de determinadas bebidas não alcoólicas, não teria potencial de alterar a dinâmica concorrencial estabelecida entre as partes e terceiros.

Ainda assim, a operação foi conhecida pelo CADE, sendo aprovada sem restrições. Além da menção à coordenação conjunta, o Parecer nº 345/2018 indicou que seria possível perceber, nos aditivos celebrados, um “*comprometimento das partes em obrigações que se relacionam com o risco empresarial* do desenvolvimento de uma atividade econômica”, inclusive tornando as empresas “*jurídica e financeiramente responsáveis pelo negócio desenvolvido*”.

A estrutura cooperativa entre as empresas, para fornecimento dos produtos dentro de um território, também foi destacada no Ato de

Concentração nº 08700.006667/2018-78. A operação tratava da prorrogação de prazo com aditamento de contrato celebrado entre a Cebrace Cristal Plano Ltda. (“Cristal”) e a Saint-Gobain do Brasil Industriais e para Construção Ltda. (“Saint-Gobain”). O contrato previa que a Cebrace tornar-se-ia distribuidora exclusiva dos produtos de vidro plano de base texturizados produzidos pela Saint-Gobain para os Estados de São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

O CADE também apontou um outro parâmetro, dentre outros aspectos, para considerar a exposição das partes ao compartilhamento de riscos e resultados entre si: *a dinâmica de precificação expressa no contrato*. A Cebrace e a Saint-Gobain, ao defenderem a subsunção do contrato à Resolução nº 17/2016 do CADE, registraram que o contrato previa uma precificação na qual:

há um preço base de fornecimento, definido contratualmente, a partir do qual **ambas as partes têm participação na diferença entre o preço base e o preço efetivo de venda**. Como o preço cobrado pela Cebrace afeta o preço a ser pago à Saint-Gobain, tem-se um mecanismo de compartilhamento de riscos e resultados.

Em razão disso, o CADE asseverou que, no caso concreto, “a precificação reforça a exposição das partes ao compartilhamento de riscos e resultados entre si, não se tratando de mera remuneração por uma relação de distribuição de produtos”<sup>15</sup>.

No Ato de Concentração mencionado anteriormente, envolvendo a Ambev e a Pepsico<sup>16</sup>, foi apontado pelo CADE, de forma similar, a existência de uma remuneração “destoante do pagamento de uma remuneração comum a uma mera relação de distribuição”, sem detalhar a forma de remuneração no caso concreto e qual seria, em tese, uma remuneração “comum a uma mera relação de distribuição”.

Também na operação envolvendo a Medley e a Aurobindo<sup>17</sup>, o CADE esclareceu que o contrato celebrado não possuía obrigações que

---

<sup>15</sup> No Ato de Concentração nº 08700.006646/2020-77 (Cebrace/Saint-Gobain), que consistiu na modificação do contrato de fornecimento exclusivo celebrado entre Cebrace e Saint-Gobain, implicando na ampliação do escopo geográfico do contrato, o CADE manteve esse entendimento, pelos mesmos motivos.

<sup>16</sup> Ato de Concentração nº 08700.095953/2018-16 (Ambev/PepsiCo).

<sup>17</sup> Ato de Concentração nº 08700.008484/2016-25 (Medley/Aurobindo).

poderiam caracterizar um compartilhamento dos riscos e resultados, especialmente porque previa uma “forma usual para pagamento pelo fornecimento dos produtos”, também sem fornecer detalhes do que o CADE tem considerado como tal forma comum.

Ademais, ao analisar a operação entre Johnson e Celler<sup>18</sup>, é possível identificar que o CADE tem considerado também como parâmetro para identificar compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica a *previsão de investimentos conjuntos ou comprometimento com metas de vendas* no contrato de distribuição<sup>19</sup>.

Outrossim, o *acesso a informações concorrencialmente sensíveis* das partes contratantes foi apontado pelo CADE como parâmetro para caracterizar empreendimento comum, assim como considerado no Parecer nº 195/2019, ao analisar-se a operação envolvendo a Mondelez e Danone<sup>20</sup>.

Por fim, foi possível identificar que a *exclusividade na relação comercial de distribuição* foi utilizada como argumento para caracterizar ou não a existência de um contrato associativo. Isso foi aventado pelo CADE tanto na análise da operação envolvendo a Cebrace e a Saint-Gobain<sup>21</sup> quanto na operação envolvendo a Medley e a Aurobindo<sup>22</sup>.

Vale ressaltar que a análise empreendida pelo CADE para a caracterização de um contrato associativo baseia-se em uma visão global

<sup>18</sup> Ato de Concentração nº 08700.004835/2019-71 (Johnson/Cellera).

<sup>19</sup> O Parecer nº 327/2019 indica expressamente que “no Contrato de Promoção e Distribuição não se vislumbra qualquer previsão de investimentos conjuntos ou comprometimento com metas de vendas, o que caracterizaria algum tipo de compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica.”

<sup>20</sup> No Ato de Concentração nº 08700.002873/2019-90 (Mondelez/Danone), o CADE consignou que o “nível de cooperação e o acesso às informações operacionais [ACESSO RESTRITO] de cada Parte demonstram, uma vez mais, o comprometimento das Requerentes no desenvolvimento da atividade de comercialização de produtos da Mondelez, implicando também no acesso às informações concorrencialmente sensíveis.”

<sup>21</sup> O Parecer nº 370/2018, referente ao Ato de Concentração nº 08700.006677/2018-78 (Cebrace/Saint-Gobain), indica que as “partes mantêm, ainda, uma estrutura cooperativa para a fornecimento com exclusividade dentro de um território, o que equivale a um nível de interesse comum.”

<sup>22</sup> No âmbito do Ato de Concentração nº 08700.008484/2016-25 (Medley/Aurobindo), o CADE assentou, no Parecer nº 17/2017, que as “atividades das partes permanecem independentes, resultando, em termos práticos, no acréscimo para Aurobindo de mais um distribuidor de seus produtos, sem importar em exclusividade.”

do contrato em específico. A jurisprudência analisada indica que não é a presença de um ou outro fator específico que necessariamente resulta na identificação destes requisitos, mas sim uma perspectiva geral e abrangente que permita verificar o estabelecimento de empreendimento comum para exploração de atividade econômica e de compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua o objeto do contrato.

### *3.3 Necessidade de aprimoramento dos critérios utilizados para conhecer operações envolvendo contratos de distribuição*

A análise conjunta dos atos de concentração que envolviam contratos de distribuição, submetidos ao CADE sob a égide da Resolução nº 17/2016, permitiu identificar certos parâmetros utilizados pela autoridade antitruste para enquadrar a operação aos critérios propostos pela referida resolução.

Ainda assim, não se vê um posicionamento claro e objetivo, por parte do CADE, para a exata compreensão das hipóteses de submissão obrigatória de operações envolvendo contratos de distribuição. E isso ocorre por uma série de motivos.

Primeiro porque a Resolução nº 17/2016 apresenta critérios fluídos para conceituar contratos associativos, quais sejam: empreendimento comum para exploração de atividade econômica compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica objeto do contrato.

Segundo porque, ante a ausência de um guia da autoridade antitruste sobre o assunto, resta aos administrados analisar a jurisprudência do CADE para verificar o que tem sido decidido nesse tema. Ocorre que, conforme explicado anteriormente, a análise do CADE é baseada nas cláusulas contratuais da operação, que são de acesso confidencial ao CADE e às partes envolvidas. Por isso, não é possível compreender de forma totalmente clara e abrangente o que o CADE tem considerado sobre o assunto.

A título de exemplo, questiona-se sobre o tipo de instância a que o CADE se referia na análise da operação envolvendo a Johnson e a Celler, quando indicou que “o objetivo dessa instância não é coordenar as atividades das empresas de forma indistinta, mas apenas tratar de assuntos inerentes a uma relação de distribuição entre as partes”<sup>23</sup>. Afinal, para o

---

<sup>23</sup> Parecer nº 327/2019 do Ato de Concentração nº 08700.004835/2019-71

CADE, qual o limite entre a discussão de “assuntos inerentes a uma relação de distribuição” e a coordenação de atividades entre as partes?

Em terceiro lugar, porque os parâmetros que foram identificados são analisados pelo CADE de forma sistemática, com o objetivo de estabelecer se o contrato de distribuição, de forma global, resultava em empreendimento comum e compartilhamento dos riscos e resultados entre as partes. No entanto, isso torna a análise do contrato ainda mais subjetiva, não sendo possível prever, em diversas situações, o que será considerado preponderante, pelo julgador, no âmbito do contrato de distribuição, se a cooperação ou a autonomia das partes.

Um outro aspecto notado no estudo é que, ao examinar os contratos de distribuição notificados, o CADE, por vezes, comparava-os com uma relação padrão de distribuição ou de revenda<sup>24</sup>. Como já apontado, no entanto, tem-se visto uma criação cada vez maior de novas modalidades de contratos para cooperação entre empresas. A dinamicidade do mercado leva à adaptação dos contratos existentes, com a inclusão de novas cláusulas que mais se adequem às necessidades da empresa. Ao comparar com um conceito estanque de contrato de distribuição, o CADE pode levar à compreensão de que quaisquer contratos distintos do modelo padrão e tradicional de distribuição são de notificação obrigatória, o que levaria à análise desproposita de diversos contratos de distribuição que não suscitam preocupações concorrenciais, onerando tanto a Administração Pública quanto os administrados.

Ademais, destaca-se a necessidade de uma análise mais aprofundada, por parte do CADE, quanto às diferenças entre contratos associativos e contratos híbridos, nos termos da doutrina. Segundo Ana Frazão, o que distingue contratos associativos de demais contratos híbridos é o grau e o tipo de cooperação entre as partes contratantes. Para a autora, em contratos híbridos *lato sensu*, a cooperação seria intensa, mas sem chegar a uma noção de empresa comum com identidade de propósito entre os contratantes. Nos contratos associativos, por sua vez, “a cooperação corresponde à própria prestação ou aos deveres principais assumidos pelas partes, o que se traduz na própria consecução do fim comum”<sup>25</sup>.

Essa diferenciação é especialmente importante porque alguns contratos de distribuição podem prever um esforço conjugado entre as

---

(Johnson/Cellera).

<sup>24</sup> Vide Atos de Concentração n°s 08700.004835/2019-71 (Johnson/Cellera) e 08700.008484/2016-25 (Medley/Aurobindo).

<sup>25</sup> FRAZÃO, 2015, p. 9.

partes, mas ainda assim não constituir uma empresa comum, sendo que as empresas “mantêm sua autonomia patrimonial, áleas, lucros e prejuízos distintos, ainda que interdependentes”<sup>26</sup>. Nesses casos, portanto, não deveria haver o controle preventivo do CADE, considerando que tais relações não afetariam o ambiente concorrencial no qual se integram.

Vale, inclusive, avaliar se, de fato, faz sentido para o CADE dispender recursos para avaliar o mérito concorrencial de contratos de distribuição, mesmo que se identifique certo nível de compartilhamento de riscos e estabelecimento de empreendimento comum, nos termos da Resolução nº 17/2016. Como visto, em quase seis anos desde a publicação da Resolução nº 17/2016, apenas quatro casos envolvendo contratos de distribuição foram conhecidos pelo CADE, sendo todos aprovados sem restrições. Em nenhum deles, o CADE identificou qualquer prejuízo, ainda que potencial, à concorrência.

#### 4. Conclusão

Como ensina Paula Forgioni<sup>27</sup>, dentre as formas puras de organização da atividade econômica, ou seja, dentre contratos de sociedade e contratos comutativos, bilaterais, troca ou intercâmbio, existe uma zona intermediária marcada por uma ampla variedade de modalidades de contratos, os quais envolvem um grau de colaboração menor que os contratos de sociedade, mas maior do que o existente em relações de mercado.

Tem-se visto, nessa zona intermediária, um fenômeno recente de disseminação cada vez maior de contratos que se distinguem quanto ao grau e tipo de cooperação entre as partes, como os contratos associativos. Nesses contratos, as partes mantêm sua autonomia jurídica e patrimonial, mas exercem a atividade empresarial de forma compartilhada<sup>28</sup>.

Como se viu neste estudo, no entanto, essa modalidade apresenta um grande desafio à autoridade antitruste, pela dificuldade de se analisar, no caso concreto, o que dá origem a um contrato associativo. Disso resulta grande insegurança jurídica para os administrados, diante da falta de

---

<sup>26</sup> *Idem*, p. 8.

<sup>27</sup> FORGIONI, Paula. Teoria Geral dos contratos empresariais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>28</sup> FRAZÃO, Ana. A necessária diferenciação entre contratos associativos e contratos híbridos. In. A Evolução do Antitruste no Brasil. Celso Campilongo; Ricardo Pfeiffer (Org.). Editora Singular, 2018.

critérios objetivos para estabelecer se é necessário notificar ou não um determinado contrato para o CADE.

Isso, inclusive, leva muitos a realizarem notificações ao CADE por cautela, a fim de prevenir eventuais sanções pela não notificação tempestiva de operação que seria obrigatória, no entendimento da autoridade antitruste. Como visto acima, dentre os atos de concentração envolvendo contratos de distribuição analisados no estudo, 40% não foram conhecidos pelo CADE, o que demonstra um grau representativo de gastos e de movimentação da máquina pública, sem necessidade.

Especificamente em relação a contratos de distribuição, foi possível visualizar uma dificuldade ainda maior, porque (i) o CADE ainda não publicou qualquer guia que busque estabelecer parâmetros para seu conhecimento, tendo em vista seu possível enquadramento como contratos associativos; e (ii) analisar os casos concretos por meio de cláusulas contratuais, que possuem conteúdo sigiloso, dificulta a compreensão dos administrados em relação ao que, efetivamente, é considerado como empreendimento comum e compartilhamento de riscos no teor de um contrato de distribuição.

Ao analisar, em conjunto, os Atos de Concentração notificados desde a publicação da Resolução nº 17/2016 que consistiam em um contrato de distribuição, foi possível identificar certos parâmetros apontados pelo CADE que levaram ao enquadramento do contrato ao disposto na referida resolução. Dentre eles, destacam-se: (i) “cooperação empresarial da qual resulte um relevante grau de interdependência entre as partes”<sup>29</sup>; (ii) “ingerência de uma parte sobre a outra”<sup>30</sup>; (iii) “organização conjunta da atividade de distribuição após a entrega dos produtos”<sup>31</sup>; (iv) “deliberações conjuntas”<sup>32</sup>; (v) dinâmica de remuneração “destoante do pagamento de uma remuneração comum a uma mera relação de

---

<sup>29</sup> Ato de Concentração nº 08700.002074/2019-13 (Ambev/Red Bull). No Ato de Concentração nº 08700.005953/2018-16 (Ambev/Pepsico), também foi considerada, em sentido semelhante, a “coordenação conjunta para fornecimento de bens ao mercado de bebidas”.

<sup>30</sup> Ato de Concentração nº 08700.001943/2020-26 (Novartis/Divcom), Ato de Concentração nº 08700.004835/2019-71 (Johnson/Celleria), Ato de Concentração nº 08700.008484/2016-25 (Medley/ Aurobindo).

<sup>31</sup> Idem. Também no Ato de Concentração nº 08700.008484/2016-25 (Aurobindo/Medley), foi considerada “atuação conjunta das partes para comercialização dos produtos”, em sentido semelhante.

<sup>32</sup> Ato de Concentração nº 08700.002873/2019-90 (Danone/Mondelez).

distribuição”<sup>33</sup>; (vi) “previsão de investimentos conjuntos ou comprometimento com metas de vendas”<sup>34</sup>; (vii) “acesso às informações concorrencialmente sensíveis” das partes contratantes”<sup>35</sup>; e (viii) “fornecimento com exclusividade dentro de um território”<sup>36</sup>.

Com base no exame jurisprudencial, verificou-se que o CADE tem feito uma análise sistemática do contrato celebrado para verificar quais características, de fato, preponderam nele, o que torna essa análise ainda mais subjetiva.

Diante desse contexto, defende-se a necessidade de construção pelo CADE de critérios passíveis de implementação prática para se verificar a existência de um contrato associativo, especialmente daqueles derivados de uma relação comercial de distribuição, como abordado neste estudo. Igualmente, é necessário garantir um ambiente de maior previsibilidade aos administrados, o que parece não ter sido atingido pelo conteúdo da Resolução nº 17/2016 do CADE ou mesmo pela jurisprudência existente até o momento.

Cabe também à autoridade antitruste, em conjunto com advogados e economistas especialistas da área, estabelecer um estudo mais aprofundado e crítico do conceito de contrato associativo, com o propósito de diferenciá-lo de demais contratos híbridos que, ainda que possuam uma cooperação interna e típica, não se traduzem em uma empresa comum.

Tal diferenciação é essencial quando se trata dos novos modelos de contratos de distribuição, que possuem previsões como as mencionadas pelo CADE para considerá-los como contratos associativos (como exclusividade, possibilidade de coordenação entre as partes e tomada de decisões conjuntas), mas que, ainda assim, não resultam em identidade de propósitos nem em álea comum entre as partes contratantes, de forma que não impactam o ambiente concorrencial.

## 5. Referências

BINOTTO, Anna. Cooperação e Concentração: o empreendimento comum e a nova disciplina dos contratos associativos. In Revista de Defesa da Concorrência, vol. 6, n. 1, 2018.

---

<sup>33</sup> Ato de Concentração nº 08700.095953/2018-16 (Ambev/PepsiCo).

<sup>34</sup> Ato de Concentração nº 08700.004835/2019-71 (Johnson/Cellera).

<sup>35</sup> Ato de Concentração nº 08700.002873/2019-90 Danone/Mondelez).

<sup>36</sup> Ato de Concentração nº 08700.006677/2018-78 (Cebrace/Saint-Gobain).

BOTELHO, Ricardo; SANTOS, Aurélio. A nova resolução do Cade sobre Contratos Associativos. Outubro de 2016. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/nova-resolucao-cade-sobre-contratos-associativos-20102016>. Acesso em 18 de março de 2022.

CADE, Voto vogal do Conselheiro Paulo Burnier, Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84, julgado em 7 de novembro de 2018.

CADE, Superintendência Geral, Ato de Concentração nº 08700.001283/2021-64, Parecer Técnico nº 128/2021, publicado em 13 de abril de 2021.

CADE, Superintendência Geral, Ato de Concentração nº 08700.006646/2020-77, Parecer Técnico nº 12/2021, publicado em 14 de janeiro de 2021.

CADE, Superintendência Geral, Ato de Concentração nº 08700.004688/2020-73, Parecer Técnico nº 1/2021, publicado em 8 de janeiro de 2021.

CADE, Superintendência Geral, Ato de Concentração nº 08700.001943/2020-26, Parecer Técnico nº 154/2019, publicado em 11 de maio de 2020.

CADE, Superintendência Geral, Ato de Concentração nº 08700.004835/2019-71, Parecer Técnico nº 327/2019, publicado em 25 de outubro de 2019.

CADE, Superintendência Geral, Ato de Concentração nº 08700.002074/2019-13, Parecer Técnico nº 19/2019, publicado em 16 de setembro de 2019.

CADE, Superintendência Geral, Ato de Concentração nº 08700.002873/2019-90, Parecer Técnico nº 195/2019, publicado em 27 de junho de 2019.

CADE, Superintendência Geral, Ato de Concentração nº 08700.006667/2018-78, Parecer Técnico nº 370/2018, publicado em 21 de dezembro de 2018.

CADE, Superintendência Geral, Ato de Concentração nº 08700.005953/2018-16, Parecer Técnico nº 345/2018, publicado em 6 de dezembro de 2018.

CADE, Superintendência Geral, Ato de Concentração nº 08700.008484/2016-25, Parecer Técnico nº 17/2017, publicado em 16 de janeiro de 2017.

CAIXETA, Déborah. Contratos Associativos: características e relevância para o direito concorrencial das estruturas. Revista de Direito da Concorrência, vol. 4, n. 1, 2016.

DUARTE MAIELLO, A. L., Aspectos Fundamentais do Negócio Jurídico Associativo, Universidade de São Paulo: Tese (Doutorado), 2012.

FRAZÃO, Ana. A necessária diferenciação entre contratos associativos e contratos híbridos. *In. A Evolução do Antitruste no Brasil*. Celso Campilongo; Ricardo Pfeiffer (Org.). Editora Singular, 2018.

FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

FRAZÃO, Ana. Joint ventures contratuais. *In. RIL Brasília* a. 52 n. 207, jul./set. 2015.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do Antitruste. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FORGIONI, Paula. Teoria Geral dos contratos empresariais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil, Volume III – Contratos. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

REIS NETO, Lauro Celidonio, ESTEVÃO, Ana Carolina. Contratos associativos à luz da jurisprudência do CADE. *In. Jurisprudência do CADE Comentada*. Pedro Paulo Cristofaro e Vicente Bagnoli (Org.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

## **2. ART. 88, §7, DA LEI Nº 12.529/2011 EM FOCO: REPERCUSSÕES PRÁTICAS E PERSPECTIVAS PARA O FUTURO**

*2. ARTICLE 88, PARAGRAPH 7, OF LAW NO. 12,529/2011 IN THE SPOTLIGHT: PRACTICAL REPERCUSSIONS AND PERSPECTIVE FOR THE FUTURE*

*Luiza Sahb Nóbrega*

**Resumo:** O presente artigo busca analisar o art. 88, §7, da Lei nº 12.529/11, o qual confere ao Cade a prerrogativa de determinar a submissão *ex post* de operações a princípio não notificáveis à análise concorrencial. Para tanto, este artigo se propõe apresentar a repercussão do dispositivo na prática do Cade, a partir da análise das raras oportunidades em que a autoridade utilizou a prerrogativa, com o objetivo de efetivamente inserir o debate acerca de sua aplicação na agenda antitruste nacional, especialmente em operações envolvendo mercados digitais.

**Palavras-chave:** Direito concorrencial brasileiro; controle de concentrações; critério de notificação; análise ex-post; mercados digitais.

**Abstract:** This article seeks to analyze Article 88, paragraph 7, of Law No. 12,529/11, which allows Cade to request the *ex post* review of cases otherwise not notifiable to the competition authority. In this sense, this article will provide an overview of the practical repercussions of the legal mechanism by analyzing the rare opportunities in which Cade has used the prerogative, with the purpose of effectively including the debate regarding its application in the national antitrust agenda, especially in transactions involving digital markets.

**Keywords:** Brazilian antitrust law; merger control; notification thresholds; ex-post analysis; digital markets.

## 1. Introdução

O ano que marca uma década de vigência da Lei nº 12.529/2011 (“Lei de Defesa da Concorrência” ou “LDC”)<sup>1</sup> inaugura a oportunidade de não só comemorar os (inúmeros) avanços obtidos com a reestruturação do sistema brasileiro e discutir os impactos deste marco legislativo, mas, principalmente, de definir os desafios ainda pendentes que devem ocupar a agenda de toda a comunidade antitruste na nova década que se inicia.

Enquanto os anos iniciais foram voltados a efetivamente implementar as inovações e mudanças trazidas pela LDC e a consolidar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) enquanto autarquia reconhecida no cenário internacional, agora é o momento de priorizar alguns aspectos e minúcias da Lei nº 12.529/2011 até então marginalizados como forma de não só dar continuidade ao projeto de implementação da LDC, mas também de reafirmar o compromisso do Cade no enfrentamento dos desafios do atual momento do antitruste, em especial aquelas derivadas da economia digital.

Nesse sentido, o presente artigo se propõe a discutir um dos aspectos da Lei nº 12.529/2011 que recebeu um nível de atenção aquém do esperado na última década, qual seja, a faculdade conferida ao Cade, pelo seu art. 88, §7, de analisar operações que não foram submetidas à autarquia por não cumprir os critérios de notificação obrigatória estabelecidos pela legislação. Embora tenha tido pouca repercussão prática e acadêmica até o momento, tal dispositivo se traduz em uma relevante ferramenta legal à disposição do Cade, e tem o potencial de ser um importante aliado no controle de concentrações em mercados dinâmicos e caracterizados pelo alto nível de inovação, merecendo ser analisado de forma mais aprofundada.

Para tanto, este artigo apresentará uma breve contextualização da base legal do instituto e abordará algumas considerações sobre o tema a partir da experiência prática da autoridade brasileira. Em seguida, e com base no que tiver sido previamente exposto, o artigo discutirá as perspectivas para a aplicação do art. 88, §7, da Lei nº 12.529/11 no Brasil.

---

<sup>1</sup> 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.

## 2. Art. 88, §7, da lei nº 12.529/2011

Além de estabelecer os critérios para notificação obrigatória de operações ao Cade, o art. 88 da Lei nº 12.529/2011 confere à autoridade a prerrogativa de determinar a notificação *ex post* de atos de concentração que não seriam obrigatoriamente notificáveis, no prazo de um ano a contar da respectiva data de consumação. É o que dispõe o art. 88, §7, da Lei nº 12.529/2011:

Art. 88. § 7º É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.

Por meio desta faculdade, qualquer ato de concentração pode, por um período de um ano, sujeitar-se ao escrutínio do Cade caso haja dúvidas quanto aos seus efeitos concorrenciais, ainda que as partes envolvidas não alcancem os patamares de faturamento mínimo definidos em lei (R\$ 75.000.000,00 e R\$75.000,00, de acordo com o art. 88 da Lei nº 12.529/2011, com valores atualizados pela Portaria Interministerial 994, de 30 de maio de 2012). Na prática, isso amplia o escopo de atuação do Cade para além dos critérios objetivos, garantindo um exercício mais efetivo de controle de concentrações.

É como bem explica Eduardo Caminati:

Trata-se de uma ‘válvula de escape’ para que o Cade possa analisar atos de concentração envolvendo empresas com faturamento inferior ao índice de jurisdição, mas que, ainda assim, em razão das características específicas do mercado envolvido no negócio jurídico, tenham aptidão para causar efeitos anticompetitivos.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati. Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada - Lei 12.529, de 30 de Novembro de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 214.

A Resolução nº 13/2015,<sup>3</sup> posteriormente substituída e aprimorada pela Resolução nº 24/2019,<sup>4</sup> veio para disciplinar o §7 do art. 88, da Lei nº 12.529/2011, inaugurando o procedimento para apuração de atos de concentração (APAC) e finalmente trazendo o dispositivo legal ao plano prático.

De acordo com Seção IV da Resolução nº 24/2019, dedicada ao procedimento para a categoria de “atos de concentração não notificados, mas cuja submissão pode ser requerida pelo Cade”, antes de determinar a notificação de uma operação dessa natureza, deve a Superintendência-Geral do Cade (“SG/Cade”) instaurar um APAC para apurar as informações necessárias para sua tomada de decisão, podendo inclusive concluir pelo arquivamento do APAC. É o que dispõem os arts. 14 e 15, expostos a seguir:

Art. 14. Verificados critérios de oportunidade e conveniência da Administração Pública, em atenção ao previsto no art. 88, § 7º, da Lei nº 12.529/2011, a Superintendência-Geral do Cade instaurará o APAC antes de requerer a submissão ao Cade de ato de concentração.

Art. 15. Em atenção ao previsto no art. 88, § 7º, da Lei nº 12.529/2011, a Superintendência-Geral do Cade poderá decidir:

- I – pelo arquivamento do APAC, nos termos desta Resolução;
- II – pela determinação de notificação do ato de concentração, nos termos do art. 88 da Lei nº 12.529/2011.

---

<sup>3</sup> Resolução nº 13/2015. Disciplina os procedimentos previstos nos §§ 3º e 7º do art. 88 da Lei 12.529, de 2011. Publicada em 23 de junho de 2015. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&codigo\\_verificador=0074826&codigo\\_crc=8E375705&hash\\_download=41f995eceb315a5df08ce721dbe7a36f1965fbd9b9cd6ac7f7df9cfe63f898cfe0b1c90418ebeedab77acdc6c491619e50e03b32f854112df7006ea5d67af934&visualizacao=1&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificador=0074826&codigo_crc=8E375705&hash_download=41f995eceb315a5df08ce721dbe7a36f1965fbd9b9cd6ac7f7df9cfe63f898cfe0b1c90418ebeedab77acdc6c491619e50e03b32f854112df7006ea5d67af934&visualizacao=1&id_orgao_acesso_externo=0). Acesso em 20 de agosto de 2022.

<sup>4</sup> Resolução nº 24/2019. Disciplina os procedimentos previstos nos §§ 3º e 7º do art. 88 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Publicada em 08 de julho de 2019. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&codigo\\_verificador=0634851&codigo\\_crc=BA0E5E88&hash\\_download=26a8b51d5ecdb0ed9934b5a0b876dd1f73b200478b33ecf9bfb464d2f3c0f20aa97998a27015276339fc05c8b9eaa13dcdef17ba19e2b0438e8cddbbcd1d304f09&visualizacao=1&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificador=0634851&codigo_crc=BA0E5E88&hash_download=26a8b51d5ecdb0ed9934b5a0b876dd1f73b200478b33ecf9bfb464d2f3c0f20aa97998a27015276339fc05c8b9eaa13dcdef17ba19e2b0438e8cddbbcd1d304f09&visualizacao=1&id_orgao_acesso_externo=0). Acesso em 20 de agosto de 2022.

Assim, ao passo que o §7 do art. 88, da Lei nº 12.529/2011 garante discricionariedade ao Cade para requerer a submissão de atos de concentração econômica que não preencham os critérios legais de faturamento dentro do período de um ano a contar de sua consumação, o procedimento regulado pela Resolução nº 24/2019 busca garantir uma atuação fundamentada do Cade, de forma que eventuais intervenções da autoridade sejam sopesadas com parcimônia e equilíbrio. Dessa forma, ainda que a LDC sinalize que critérios objetivos nem sempre capturam de forma adequada se uma operação gerará efeitos negativos à concorrência, e atribua ao Cade a competência de requerer a submissão de atos de concentração não notificáveis por lei, é preciso que a autoridade justifique seu requerimento a partir de uma análise de conveniência e oportunidade, a fim de proteger a segurança jurídica.<sup>5</sup>

### 3. A atuação do CADE

#### 3.1 Panorama geral

Após exatos 10 anos de vigência da Lei nº 12.529/11, as repercussões práticas de referido parágrafo ainda são limitadas, tendo o Cade utilizado tal ferramenta em caráter excepcional. Até o momento, o Cade determinou a notificação *ex post* de atos de concentração a princípio não notificáveis em apenas três oportunidades, sendo a primeira delas somente em 2016, após quase cinco anos de vigência da lei.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> PROENÇA, José Marcelo Martins; MISALE, Guilherme Teno Castilho. O (tímido) olhar acadêmico para o parágrafo 7º do artigo 88 da LDC. ConJur, 29 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-29/opiniao-olhar-academico-paragrafo-artigo-88-ldc>. Acesso em: 20 out. 2022.

<sup>6</sup> Esclarece-se que a prerrogativa já havia sido acionada em 2014, quando da operação de criação de joint venture entre as empresas Greca Distribuidora de Asfaltos Ltda., Betunel Indústria e Comércio Ltda. e Centro Oeste Asfaltos Ltda. (Ato de Concentração nº 08700.006497/2014-06), notificada ao Cade *ad cautelam* em razão da elevada concentração resultante, ainda que as partes não atingissem os critérios de faturamento mínimo exigidos pela legislação concorrencial. Embora tenha sido constatado que, de fato, as partes não preenchiam os critérios de faturamento, a SG/Cade conheceu da operação, acionando o art. 88, §7, da Lei nº 12.529/2011 para justificar a sua análise. Para os fins da análise deste artigo, tal operação não será levada em consideração, uma vez que a sua notificação ex-post não foi determinada pelo Cade com base no art. 88, §7, da Lei nº 12.529/2011.

Embora a demora inicial se justifique, em grande parte, pela demora na edição da então Resolução nº 13/2015, a qual efetivamente regulou como o Cade deveria se valer de tal prerrogativa, a experiência da autoridade continuou em um ritmo lento nos últimos anos. De acordo com a Conselheira Paula Farani, em seu voto no âmbito do APAC nº 08700.005079/2019-06, o número irrisório de casos em que a prerrogativa foi utilizada “sinaliza um caráter de excepcionalidade na utilização do art. 88, § 7º e, conseqüentemente, evidencia que o controle de concentrações no Brasil está sendo devidamente empregado pelo CADE”.<sup>7</sup>

No entanto, ainda que o uso de tal prerrogativa tenha de ser cauteloso e fundamentado sob o senso de necessidade e proporcionalidade, conforme já mencionado anteriormente, o fato de ter sido invocada pela autoridade concorrencial brasileira em pouquíssimas oportunidades parece denunciar que a limitação da repercussão prática do disposto no §7 do art. 88, da Lei nº 12.529/2011 pode derivar de outros fatores, sobretudo da falta de um olhar mais detido (não só do Cade, mas de toda a comunidade antitruste) de sua importância no desenvolvimento da política nacional de controle de concentrações e de suas possibilidades de aplicação enquanto ferramenta legal, principalmente diante dos crescentes desafios trazidos pela economia digital ao antitruste mundial. É o que sustenta José Marcelo Martins Proença e Guilherme Teno Castilho Misale, os quais opinam que o referido parágrafo se encontra ainda “*em letras miúdas, muito próximas de rodapé*” em livros doutrinários.<sup>8</sup>

A fim de obter subsídio para a construção da análise que este artigo se propõe a fazer e de melhor compreender o cenário atual de atuação do Cade, passaremos à revisão dos casos em que a autoridade determinou a submissão *ex post* de atos de concentração.

---

<sup>7</sup> SEI 0718080.

<sup>8</sup> PROENÇA, José Marcelo Martins; MISALE, Guilherme Teno Castilho. O (tímido) olhar acadêmico para o parágrafo 7º do artigo 88 da LDC. ConJur, 29 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-29/opiniao-olhar-academico-paragrafo-artigo-88-ldc>. Acesso em: 20 out. 2022.

### 3.2 Jurisprudência do Cade

Para os fins desta análise, a metodologia utilizada para o levantamento desses casos levou em consideração, cumulativamente, aqueles que: (i) a SG/Cade tenha instaurado um APAC, nos termos da resolução; e (ii) a SG/Cade ou o Tribunal tenha decidido, ao fim do APAC, pela determinação da notificação do ato de concentração. Excluem-se, assim, os casos em que o APAC tenha sido instaurado pela SG/Cade e posteriormente arquivado, seja por determinação da própria SG/Cade ou do Tribunal, e os casos em que as próprias partes tenham notificado a operação após o seu fechamento *ad cautelam*. Por meio deste filtro, os seguintes casos foram identificados:<sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> A pesquisa foi realizada por meio da plataforma SEI, utilizando as palavras-chave “art. 88, §7º”, “notificação não obrigatória” ou “APAC” e selecionando “Processos” e “Documentos Gerados”.

**Quadro 1 – Operações notificadas por determinação do CADE, com base no art. 88, §7 da Lei nº 12.529/2011**

APAC	SG		Tribunal		Ato de Concentração
	Forma de identificação	Decisão	Recurso	Decisão	
08700.009828/2015-32 (Guerbet/Mallinckrodt)	Denúncia de terceiro	Determinação de notificação do ato de concentração	<b>Não</b>	N/A	08700.005959/2016-21 (Aprovação sem restrições)
08700.006355/2017-83 (All Chemistry/SM)	Denúncia de terceiro	Determinação de notificação do ato de concentração	<b>Sim</b>	Determinação de notificação do ato de concentração	08700.005972/2018-42 (Aprovação com restrições)
08700.005079/2019-06 (Prosegur/Sacel)	Informações apresentadas em outro AC	Determinação de notificação do ato de concentração	<b>Sim</b>	Determinação de notificação do ato de concentração	08700.001227/2020-49 (Aprovação condicionada à celebração de Acordo em Controle de Concentração)

Fonte: Elaboração da autora.

### 3.2.1 Ato de Concentração nº 08700.005959/2016-21 – Guerbet/Mallinckrod (APAC nº 08700.009828/2015-32)

Trata-se do primeiro caso em que o Cade se valeu da prerrogativa do §7 do art. 88, da Lei nº 12.529/2011, requerendo a submissão *ex post* de um ato de concentração. A operação consistia na aquisição da divisão de meios de contraste e sistemas de injeção da Mallinckrodt pela Guerbet e não teria sido notificada à autoridade concorrencial brasileira em razão das partes envolvidas entenderem que não atingiam os requisitos de faturamento mínimo no ano anterior à operação, conforme determina o art. 88 da Lei 12.529/2011.

Após o fechamento da operação, a SG/Cade recebeu denúncia da GE Healthcare do Brasil Comércio e Serviços para Equipamentos Médico-Hospitalares Ltda., indicando que a aquisição havia resultado em elevada concentração nos mercados envolvidos, ultrapassando 60% em alguns cenários de acordo com estimativas internas apresentadas pela empresa, e requerendo que o ato de concentração fosse devidamente analisado a fim de afastar eventuais preocupações concorrenciais, como a possibilidade de aumento de preços e de alteração da estrutura de custos de *players* privados e públicos, o que, em última instância, afetariam consumidores finais.

Seguindo o procedimento previsto na Resolução nº 13/2015, a SG/Cade instaurou o APAC nº 08700.009828/2015-32 para apurar preliminarmente as informações trazidas pela denunciante. Para tanto, expediu ofícios a concorrentes e clientes das requerentes, questionando, respectivamente, a concentração resultante da operação e as características do mercado envolvido.

Embora o referido APAC tenha sido mantido de acesso restrito ao Cade, é fato público que, como resultado da instrução, a SG/Cade decidiu determinar a notificação do ato de concentração nos termos do art. 88, §7º, da Lei 12.529/2011, por entender que as participações de mercado das empresas envolvidas na operação eram muito elevadas. De acordo com o órgão, os dados preliminares colhidos sobre a operação indicariam a necessidade de:

uma avaliação pormenorizada de seus prováveis efeitos e, sobretudo, a identificação e controle de possíveis danos ao ambiente concorrencial resultantes da concentração econômica.<sup>10</sup>

Assim, em linha com a determinação da SG/Cade, embora não preenchessem o critério de faturamento mínimo para notificação obrigatória e a operação já tivesse sido fechada há nove meses, as requerentes submeteram o ato de concentração ao escrutínio da autoridade para a verificação de seus impactos concorrenciais.

Durante a fase instrutória, a SG/Cade realizou um extenso teste de mercado, voltando a consultar os principais clientes e concorrentes, esses últimos sendo parte de quatro rodadas de ofícios. Adicionalmente, após a operação ter sido declarada complexa por meio da Nota Técnica nº

---

<sup>10</sup> SEI 0344937.

12/2017<sup>11</sup>, a SG/Cade buscou instruir o processo também com informações adicionais das requerentes, questionando, em especial, se houve reajustes em seus preços desde o fechamento, quais seriam as eficiências da operação e, dessas, quais já podiam ser percebidas desde a consumação.

Com base nas informações e nos dados coletados, a SG/Cade realizou, em seu Parecer<sup>12</sup>, uma análise detida das características dos mercados relevantes envolvidos, confirmando que a participação de mercado das requerentes ultrapassava o patamar de 20% em diversos segmentos, chegando a 60% em alguns cenários, o que ensejou a análise da probabilidade de exercício de poder de mercado, conforme determina o Guia H do Cade<sup>13</sup>.

Após a análise de entrada, na qual foi verificado que o requisito para que uma entrada seja considerada efetiva para contestar um eventual abuso de poder de mercado por parte das requerentes não havia sido cumprido, a SG/Cade passou ao exame de rivalidade nos mercados envolvidos na operação. Nesta etapa, além de verificar elementos como semelhança de portfólio, restrições à troca de fornecedor e capacidade de fornecimento pelos concorrentes das requerentes, a SG/Cade também incluiu a análise dos efeitos da operação e das opiniões de clientes e concorrentes sobre eles, “*em razão do caráter a posteriori desta análise*”, conforme dispõe no Parecer.

Para análise dos efeitos da operação, a SG/Cade considerou as informações prestadas pelas empresas oficiadas sobre os preços praticados nos mercados afetados, a fim de investigar se houve aumento de preços ou restrição de oferta após a operação. Ainda que tenha sido verificado um aumento de preços das requerentes, a SG/Cade entendeu que:

após a operação, aumentos de preços praticados pelas Requerentes ou foram menores do que o de suas concorrentes, ou, no caso em que foram maiores (caso do mercado de contrastes clínicos, em que a Guerbet teve problemas de

---

<sup>11</sup> SEI 0321877.

<sup>12</sup> SEI 0344937.

<sup>13</sup> CADE. Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal. Brasília: Cade, 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em 20 de agosto de 2022.

fornecimento), isso ocorreu à custa de considerável perda de participação de mercado.<sup>14</sup>

Dessa forma, a SG/Cade concluiu pela ausência de evidências que demonstrassem que Guerbet e Mallinckrodt teriam exercido poder de mercado após a fusão, o que foi corroborado pelo fato de os clientes consultados não enxergarem a operação necessariamente como negativa.

Tendo a existência de rivalidade nos mercados afetados sido constatada, a operação foi, portanto, aprovada sem restrições.

### *3.2.2 Ato de Concentração nº 08700.005972/2018- 42 – All Chemistry/SM (APAC nº 08700.006355/2017-83)*

Trata-se de operação de aquisição de participação societária na All Chemistry do Brasil Ltda. ("All Chemistry") pela SM Empreendimentos Farmacêuticos Ltda. ("SM", à época denominada Fagron Empreendimentos e Participações Ltda.), levada ao conhecimento da SG/Cade em 10 de outubro de 2017, por meio de denúncia via canal Clique Denúncia<sup>15</sup> formulada pelo Sr. Cesar Mesquita de Oliveira. De acordo com a denúncia:

Esse grupo está monopolizando as distribuidoras e importadoras de insumos para farmácia de manipulação, dificultando a livre concorrência, visto que o grupo acaba de adquirir mais uma importante importadora e distribuidora, allchemistry. Hoje esse grupo detém as seguintes empresas: infinity (pharmanostra), florien, fagron (antiga deg), via farma, alternate tecnologia e por último allchemistry. Tais ações não deixa alternativa sendo que temos que necessariamente comprar itens [que] somente eles detêm a importação.[Sic]<sup>16</sup>

Após o recebimento da denúncia, a SG/Cade expediu ofícios à SM, a fim de apurar as informações trazidas ao seu conhecimento e obter maiores esclarecimentos acerca da operação, das partes e dos mercados relevantes envolvidos. A empresa prestou as informações solicitadas e,

---

<sup>14</sup> SEI 0344937.

<sup>15</sup> Disponível no website do CADE: <https://www.gov.br/cade/pt-br/pagina-inicial>.

<sup>16</sup> SEI 0396285.

em sua manifestação final, ressaltou que o fechamento da operação havia ocorrido sem aprovação prévia do Cade por não ser de notificação obrigatória à autoridade, tendo em vista que as empresas não cumpriam o requisito de faturamento estabelecido pelo art. 88 da Lei nº 12.529/11, e que a operação não levantava quaisquer preocupações concorrenciais, estando injustificada a utilização do art. 88, §7º, da Lei 12.529/2011.

Diante dos fatos narrados, e seguindo o procedimento previsto na Resolução nº 13/2015, a SG/Cade instaurou o APAC nº 08700.006355/2017-83 e, após a instrução, decidiu pela determinação da notificação do ato de concentração. De acordo com a Nota Técnica nº 8/2018,<sup>17</sup> embora tenha confirmado a não obrigatoriedade da submissão da operação pelo não cumprimento do requisito de faturamento mínimo pelas partes, o órgão concluiu que a revisão aprofundada do ato de concentração era recomendável, tendo em vista seu impacto concorrencial incerto, conforme se verifica do trecho abaixo:

Em face da concentração decorrente da Operação, o aprofundamento da análise concorrencial se afigura recomendável frente à possibilidade de que a atuação conjunta da SM e All Chemistry resulte, entre outros efeitos, em uma diminuição da concorrência e um aumento de preços. O incerto impacto concorrencial resultante desta operação justifica uma análise mais detalhada de seus prováveis efeitos, demandando ainda a identificação e controle de possíveis danos ao ambiente concorrencial resultantes da concentração econômica — muito embora a Operação não se enquadre com um ato de concentração de submissão obrigatória pela Lei nº 12.529/2011.

A conclusão da SG/Cade derivou da análise detida, embora ainda preliminar, dos seguintes fatores: (i) histórico de aquisições realizadas pela SM; (ii) características do mercado relevante envolvido (mercado de distribuição de insumos farmacêuticos) e (iii) concentrações resultantes da operação.

Quanto ao histórico de aquisições realizadas pela SM, a SG/Cade verificou que o grupo esteve envolvido em diversas transações ao longo dos últimos oito anos, consolidando sua atuação no mercado de distribuição de insumos farmacêuticos sem que nenhuma delas fosse

---

<sup>17</sup> SEI 0506380.

notificada ao Cade, em razão do não preenchimento do critério de faturamento. Apurou, inclusive, que referidas aquisições teriam sido objeto de diversas denúncias ao Cade, tendo a primeira delas ocorrido em 2012. Sobre isso, concluiu a SG/Cade:

Frente às sucessivas aquisições por parte da SM Empreendimentos e às denúncias recebidas por este Conselho, instaurou-se o presente procedimento administrativo para apuração de ato de concentração, visando avaliar com cautela a possibilidade de se requisitar a notificação da operação, em face das preocupações suscitadas nas denúncias.

Em relação ao mercado de distribuição de insumos farmacêuticos, a SG/Cade manifestou preocupação quanto ao fato de que referido mercado nunca havia sido analisado na jurisprudência do Cade, o que influencia a definição de mercado relevante e impacta, em última instância, as estimativas de participação de mercado. Sobre isso, explica SG/Cade:

Não obstante isso, deve-se alertar ao fato de que não se identifica qualquer precedente deste Conselho que tenha avaliado esse mercado, havendo relevantes incertezas quanto à definição da dimensão produto e geográfica do mercado relevante, o que torna imprescindível a consulta a concorrentes e clientes para dirimir tais questões, notadamente pelo foco de atuação das Representadas residir no cenário de mercado relevante onde as mesmas detêm uma elevada participação de mercado, bem a frente dos demais concorrentes.

Quanto às concentrações resultantes da operação, a SG/Cade considerou que, embora a SM tenha apresentado estimativas de participação de mercado em diversos cenários, tais dados deveriam ser confirmados no mercado, sobretudo porque a sobreposição horizontal decorrente da operação poderia resultar em um possível reforço de posição dominante da SM, ainda que as participações da All Chemistry fossem bastante baixas, o que não é negligenciável. De acordo com a SG/Cade:

A despeito da boa-fé e do esforço da SM em apresentar cenários com estimativa de participação de mercado sua e de

seus principais concorrentes, esta SG dispôs apenas de informações da SM extraídas de uma empresa de inteligência de mercado denominada Infomerc. Assim, a coleta de informações com agentes atuantes no mercado, mais uma vez, se faz necessária para confirmar minimamente, ou não, às estimativas calculadas pelas Representadas.

Por fim, a SG/Cade complementou sua justificativa para requerer a submissão da operação afirmando que uma análise aprofundada do ato de concentração seria útil para:

que este órgão melhor compreenda o funcionamento do mercado relevante em pauta, qual seja, o de fornecimento de insumos farmacêuticos para o segmento magistral, sem prejuízo de, futuramente, poder-se abrir procedimento administrativo para investigar eventual abuso de posição dominante por parte das Representadas, caso algo do tipo seja detectado durante a instrução do ato de concentração.

A SM interpôs recurso contra a decisão da SG/Cade, reiterando que o uso excepcional do §7º, da Lei 12.529/2011 não se justificaria no presente caso em razão da ausência de preocupações concorrenciais decorrentes da operação e alegando que este mesmo parágrafo não poderia ser invocado pelo Cade para ser utilizado para investigações de práticas anticoncorrenciais ou para realização de estudos de mercado.

O recurso foi distribuído para a relatoria da Conselheira Pollyanna Vilanova, a qual concluiu, em seu voto,<sup>18</sup> que o aprofundamento da análise concorrencial seria recomendável pelos mesmos motivos expostos anteriormente pela SG/Cade e para que o Cade efetivamente exercesse sua função preventiva. A Relatora frisou, ainda, que a notificação da operação não deveria abarcar a análise de infrações à ordem econômica, embora a possibilidade de eventual abertura de inquérito ou processo administrativo pela SG/Cade não estaria afastada. O Plenário, por unanimidade, negou provimento ao recurso, mantendo a decisão da SG/Cade e determinando a notificação do ato de concentração, nos termos do voto da Conselheira Relatora.

Durante a instrução do ato de concentração, que recebeu o nº 08700.005972/2018- 42, a SG/Cade, além de habilitar a Associação

---

<sup>18</sup> SEI 0521111.

Nacional de Farmacêuticos Magistrais (“ANFARMAG”) como terceira interessada no processo, expediu ofícios a uma série de concorrentes e clientes, questionando características do mercado de insumos farmacêuticos, em especial seu nível de concentração e rivalidade, e buscando entender como tais empresas avaliavam os impactos da série de aquisições realizadas pela SM nos últimos anos, incluindo a operação em análise. Nas respostas recebidas, muitos concorrentes apontaram a existência de acordo de exclusividade entre fornecedores e distribuidores de insumos farmacêuticos nos segmentos relacionados à indústria farmacêutica e farmácias magistrais, o que levou a SG/Cade a também buscar esclarecimentos adicionais das requerentes nesse tópico. No entanto, considerando as preocupações levantadas pelos oficiados, a SG/Cade entendeu ser necessário declarar o ato de concentração como complexo e determinar a realização de diligências adicionais para aprofundar a análise dos efeitos da operação.

Em seu Parecer,<sup>19</sup> a SG/Cade confirmou as concentrações resultantes da operação e as preocupações já anteriormente apontadas, especialmente no que se refere ao movimento de crescimento da SM via aquisições sucessivas, impugnando o ato de concentração ao Tribunal e recomendando a sua aprovação condicionada à celebração de Acordo de Controle em Concentrações (“ACC”). O Plenário julgou o caso e, por unanimidade, votou pela sua aprovação condicionada à celebração de Acordo em Controle de Concentrações, o qual determinava a obrigação da SM em (i) não participar de operações societárias de fusão, incorporação ou aquisição, direta ou indireta, de controle ou partes de empresas que concorram no mercado de distribuição de insumos para o segmento magistral pelo período correspondente aos próximos 2 (dois) anos e; (ii) nos dois anos subsequentes ao fim deste prazo, submeter à apreciação prévia do CADE operações de mesma natureza, nos termos do voto do Conselheiro Relator.

### *3.2.3 Ato de Concentração n° 08700.001227/2020-49 – Prosegur/Sacel (APAC n° 08700.005079/2019-06)*

Trata-se de operação de aquisição de controle da empresa Sacel – Serviços de Vigilância e Transporte de Valores – Eireli (“Sacel”) pela Prosegur Brasil Transportadora de Valores e Segurança S. A. (“Prosegur”), levada ao conhecimento da SG/Cade no âmbito do Ato de

---

<sup>19</sup> SEI 0582612.

Concentração nº 08700.003244/2019-87 (Prosecur/Transvip), oportunidade em que a TecBan, terceira interessada no processo, apresentou uma linha temporal dos atos de concentração que ocorreram nos últimos 15 anos no Brasil, a qual indicava a presente operação como tendo ocorrido há menos de 12 meses. Tendo em vista a sua não submissão à análise da autoridade concorrencial, foi instaurado o APAC nº 08700.005079/2019-06 para apuração de eventual infração ao disposto no art. 88, §§ 3º e 4º, da Lei 12.529/11.

Durante a instrução do processo, a SG/CADE buscou esclarecimentos sobre a operação com a Prosecur, a qual alegou que a aquisição havia sido realizada sem análise prévia do CADE em razão de o Grupo Sacel não ter atingido os critérios de faturamento mínimo disciplinados na Lei nº 12.529/11 no ano anterior à operação.

Na Nota Técnica nº 31/2019,<sup>20</sup> embora tenha confirmado que um dos grupos envolvidos na operação não havia atingido os critérios de faturamento determinados no art. 88 da Lei nº 12.529/2011, a SG/Cade decidiu pela determinação de notificação do ato de concentração, nos termos do art. 88, § 7º da Lei nº 12.529/11, para que seus impactos no mercado envolvido (mercado de transporte e custódia de valores em Sergipe) fossem verificados.

De acordo com a justificativa dada pela SG/Cade, a partir dos dados apresentados pela Prosecur no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.003244/2019-87, a empresa teria passado a deter 90-100% do mercado de transporte e custódia de valores no estado de Sergipe com a aquisição da Sacel e a operação teria ensejado uma variação de HHI de 4.000-4.200 pontos, podendo ser classificada, de acordo com o Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal do Cade,<sup>21</sup> como uma concentração que gera preocupações em mercados altamente concentrados. Não obstante, a SG/Cade considerou que concentrações no setor de custódia e valores no Brasil mereciam ser analisadas com bastante cautela, tendo em vista que:

(...) sob a perspectiva nacional, a SG tem manifestado preocupação com as sucessivas aquisições de concorrentes

---

<sup>20</sup> SEI 0702432.

<sup>21</sup> CADE. Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal. Brasília: Cade, 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em 20 de agosto de 2022.

regionais realizadas por empresas de atuação nacional. As empresas nacionais que mais têm sido mais ativas nas aquisições de transportadoras regionais têm sido Prosegur e Brink's.”

“(…) nos casos anteriores recentemente analisados pela SG no mercado de transporte de valores, são frequentes as referências de clientes à ausência de rivalidade ou mesmo à existência de coordenação entre concorrentes no mercado de transporte e custódia de valores em diversos estados.

A Prosegur interpôs recurso contra a decisão da SG/Cade, alegando que a operação não havia gerado quaisquer prejuízos à concorrência, uma vez que envolvia concorrente pouco relevante no mercado de Sergipe, estado em que ainda havia rivalidade efetiva e baixas barreiras à entrada e à expansão, tanto que, desde o fechamento da operação, mais dois players teriam entrado no mercado.

A Conselheira Relatora Paula Farani conheceu do recurso e negou-lhe provimento, mantendo a decisão da SG/Cade de notificação da operação.<sup>22</sup> De acordo com a Relatora, ainda que a Prosegur tenha indicado a entrada de dois novos players, o que poderia alterar a estrutura de oferta preliminarmente calculada pelo Cade, e alegado que o estado de Sergipe contava, mesmo após a operação, com uma rivalidade efetiva e baixas barreiras à entrada, a empresa não apresentou quaisquer dados que permitissem confirmar tais informações, tampouco elaborar outra estrutura de oferta. Assim, entendeu a Relatora que:

uma análise mais aprofundada sobre os efeitos concretos do AC Prosegur/Sacel restou prejudicada, tendo-se destacado (ainda que preliminarmente), conforme exposto acima, um cenário de concentração significativa no mercado de prestação de serviços de transporte e custódia de valores no estado de Sergipe. Dessa forma, ainda que a Representada venha a apresentar futuramente informações detalhadas sobre a estrutura e dinâmica do mercado em Sergipe que evidenciem um cenário diverso daquele demonstrado acima, entendo que, **para fins de conveniência e oportunidade, os efeitos anticompetitivos preliminares são, prima facie, suficientes para apontar que o AC Prosegur/Sacel possui**

---

<sup>22</sup> SEI 0718080.

**alta probabilidade de gerar problemas concorrenciais no mercado definido.”** (grifo da autora)

Ainda de acordo com a Relatora, a conveniência e a oportunidade da decisão da SG/Cade estariam demonstradas pelo contexto de concentrações no mercado brasileiro de transporte e custódia de valores e pelas próprias justificativas econômicas da operação, apresentadas pelas partes, as quais indicam um movimento de expansão e, ainda que preliminarmente, de dominação da Prosegur no estado de Sergipe.

Uma vez notificado o ato de concentração, a SG/Cade, além de ter determinado que o formulário de notificação fosse emendado, deu início ao teste de mercado, oficiando concorrentes e clientes das partes, e habilitou a TecBan como terceira interessada no processo. Após a fase instrutória, os dados obtidos pela SG/Cade confirmaram a elevada participação da Prosegur no mercado de transporte de valores no estado de Sergipe e a análise detida das condições de entrada e rivalidade do mercado e das eficiências da operação não foi suficiente para afastar preocupações concorrenciais, de forma que a SG/Cade decidiu, em seu Parecer,<sup>23</sup> pela impugnação do ato de concentração ao Tribunal do Cade com recomendação de aprovação condicionada à celebração de ACC.

Em seu voto,<sup>24</sup> a Conselheira Relatora Paula Farani confirmou as preocupações concorrenciais decorrentes da operação, as quais seriam suficientes para ensejar sua reprovação. De acordo com ela:

Em coerência com o posicionamento que tomei no julgamento do Ato de Concentração nº 08700.001692/2019-46 (“AC Brinks/Tecnoguarda”), compreendo que esta operação deveria ser reprovada, uma vez que acarreta na exclusão do único rival efetivamente competitivo no Estado de Sergipe e em um reforço exacerbado da posição da Prosegur, que já era dominante no mercado relevante.

No entanto, por se tratar de operação já consumada e por estar ciente das dificuldades que se seguiriam para promover o desfazimento da aquisição, sem que haja comprovação da sua efetividade – posto que a Sacel já se retirou do mercado –, não entendo que seja oportuno, conveniente ou eficaz proceder por tal curso de ação.

---

<sup>23</sup> SEI 0815593.

<sup>24</sup> SEI 0847455.

Assim, acatou a sugestão da SG/Cade para condicionar a aprovação do ato de concentração à celebração de ACC, proibindo a ocorrência de atos de concentração no mercado de transporte e custódia de valores por determinado período e obrigando a Prosegur de notificar quaisquer atos de concentração nesse mesmo mercado, a fim de romper com o fluxo constante de aquisições e concentração econômica e permitir que agentes de menor porte possam se desenvolver.

### 3.3 Considerações sobre a atuação do Cade

Ainda que limitada, a revisão da experiência prática do Cade permite que algumas considerações sejam tecidas.

De início, percebe-se que a SG/Cade, assim como o Tribunal (nos casos em que foi acionado), prestaram especial atenção à justificativa para o requerimento de submissão *ex post* das operações. Nos três casos analisados, a determinação de notificação do ato de concentração foi precedida de uma fundamentação embasada dos impactos concorrenciais que demandariam análise mais detida da autoridade, confirmando que o uso do §7º do art. 88 da Lei 12.529/11 tem sido cauteloso e não discricionário e que o Cade está comprometido em demonstrar a presença dos critérios de oportunidade e conveniência, exigidos pela LDC.

A necessidade de uma justificativa bem fundamentada se mostra especialmente relevante porque parece impulsionar o Cade a não limitar sua análise preliminar à mera constatação de elevadas participações de mercado, uma vez que o conceito de risco concorrencial é vago e os impactos à concorrência podem derivar de diversos elementos. Os casos aqui analisados demonstram exatamente isso – embora tenham resultado em concentrações não negligenciáveis, estavam inseridos em contextos de aquisições sucessivas pelas empresas envolvidas, em mercados em tendência de consolidação ou em setores ainda pouco conhecidos pelo Cade; o fato de que todos esses fatores foram considerados para fundamentar e potencializar a necessidade de aprofundamento da análise concorrencial demonstra que a autoridade está atenta a movimentações de mercados e empresas e comprometida em realizar seu controle preventivo de concentrações de forma embasada, mesmo diante de incertezas e de poucas evidências quanto aos reais efeitos econômicos das operações.

Adicionalmente, importante pontuar que, dos três casos analisados, dois implicaram a aplicação de remédios para mitigar preocupações concorrenciais, o que demonstra que os levantamentos preliminares de riscos realizados em sede de APAC pelo Cade foram frutos de um trabalho fundamentado e sério, reforçando ainda mais o comprometimento da autoridade concorrencial.

Dessa forma, o Cade parece entender a pertinência do § 7º do art. 88 da Lei 12.529/11 em sua atuação preventiva. Como bem notou a Conselheira Polyanna Vilanova, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.005972/2018-42:

O mecanismo da requisição de notificação previsto no § 7º do art. 88 da Lei 12.529/11 se mostra mais uma vez um instrumento válido e necessário para a atuação preventiva do Cade em sede de controle de atos de concentração. Não se trata de um dispositivo usado com alta frequência, porém, quando utilizado de forma fundamentada e justificada pode auxiliar o Cade no aprofundamento das análises de mercado e na construção das melhores decisões possíveis diante de casos que, por critérios objetivos, não transpareceriam sérias preocupações de ordem concorrencial.

Apesar de não notificável sob os parâmetros da Lei 12.529/11 e da Portaria Interministerial nº 994/2012, graças a este instrumento de requisição de submissão, o Conselho pode superar os contornos da presente operação para conter, preventivamente, o avanço no histórico de aquisições, mitigando assim, os impactos concorrenciais verificados. Ante o exposto, mostra-se que o instrumento da requisição é um recurso valioso e que por seus potenciais efeitos de restringir atos deve permanecer sendo usado de forma cautelosa e parcimoniosa pelo Conselho.<sup>25</sup>

Por outro lado, a revisão da jurisprudência do Cade mostra que, dos três APACs, apenas um foi instaurado pela SG/Cade *ex officio* a partir de informações apresentadas em outro ato de concentração sob sua análise, sendo os outros dois frutos de denúncia de terceiros, o que pode sugerir uma postura ainda pouco ativa da autoridade nesse sentido e colocar em questionamento se a prerrogativa só será utilizada pelo Cade

---

<sup>25</sup> SEI 0595270.

quando este for efetivamente provocado. Isso se mostra especialmente relevante tendo em vista que a faculdade do Cade de requerer a submissão de atos de concentração é válida até apenas um ano após a consumação da operação, o que talvez demande uma atuação da autoridade mais independente de iniciativas externas.

Ainda, nota-se que nenhum dos casos analisados envolvia mercados digitais. Considerando que a nova dinâmica concorrencial inaugurada pela economia digital é o que mais têm colocado em xeque critérios objetivos para notificação obrigatória, é no mínimo curioso constatar que o Cade nunca usou a faculdade do §7º do art. 88 da Lei 12.529/11 para analisar operações dessa natureza que não preenchiam os parâmetros de faturamento. A indagação que fica é se nenhuma operação de fato provocou a necessidade de aprofundamento de análise do Cade, ou se a autoridade apenas não está tão atenta assim.

#### **4. Perspectivas para o futuro: mercados digitais**

Ainda que essa seja a experiência atual do Cade, o marco de uma década de vigência da Lei nº 12.529/11 parece ser o momento oportuno para resgatar a prerrogativa conferida à autoridade pelo seu art. 88, §7 e revisitar seu papel no controle de concentrações no Brasil, a fim de delinear novas perspectivas para o referido dispositivo na próxima década.

O fato de o art. 88, §7 da Lei nº 12.529/11 abarcar operações em que as empresas envolvidas não atingem os critérios de faturamento previstos em lei naturalmente faz com que a ferramenta legal tenha particular relevância para atos de concentração em mercados digitais. Isso porque, a princípio, mercados que caem nesta categoria funcionam de uma maneira muito distinta dos mercados tradicionais - para os quais a política antitruste foi originalmente construída - e, portanto, têm o potencial de desafiar o método de controle de estruturas realizado pelas autoridades concorrenciais até então, em especial a utilização de critérios objetivos para notificação obrigatória. Em outras palavras, operações em mercados digitais, caracterizados por alto nível tecnológico e dinamismo, dificilmente envolvem empresas do porte exigido pela LDC, as quais acabam ficando à margem da atuação preventiva da autoridade concorrencial. É como bem explica Paula Forgioni (FORGIONI, 2018):

Esses patamares têm sido criticados porque permitem que um grande agente econômico aumente sua participação no

mercado mediante a compra de empresas com faturamento inferior a R\$ 75 milhões, sem ter o dever, sequer, de dar notícia das operações à autoridade antitruste. Essa estratégia tem sido empregada por grandes grupos para adquirir concorrentes de menor porte, concentrando acentuadamente o mercado em determinados setores e regiões.<sup>26</sup>

A faculdade do art. 88, §7, da Lei nº 12.529/11 serve, portanto, como uma importante aliada do Cade no enfrentamento dos desafios impostos pela economia digital ao antitruste, não só porque possibilita que operações não notificáveis pelos critérios objetivos da LDC passem pelo escrutínio do Cade, mas principalmente porque consiste em uma ferramenta legal prontamente disponível para uso pela autoridade concorrencial brasileira.

Embora pareça uma constatação simples, trata-se, na verdade, de um convite para retomarmos o nosso olhar à realidade brasileira – em um contexto em que toda a comunidade antitruste global discute os próximos passos na regulação de mercados digitais, e em que há interação entre inúmeras jurisdições, torna-se especialmente relevante conhecer e entender as especificidades e peculiaridades do sistema de concorrência brasileiro, a fim de evitar qualquer atuação equivocada ou, no mínimo, desnecessária.

Diante das características de mercados essencialmente digitais, muito se fala sobre a criação de regulações específicas capazes de efetivamente abarcar as novas necessidades, ou mesmo da implementação de mudanças significativas à legislação concorrencial; embora alguns países tenham, de fato, recorrido a soluções nessa linha, a realidade brasileira ainda está um passo atrás. Sem prejuízo de o Cade continuar alinhando sua atuação de acordo com as melhores práticas internacionais, deve a autoridade primeiro empregar esforços para explorar todas as ferramentas, prerrogativas e competências que lhe são conferidas por lei, especialmente no que tange às suas aplicações e repercussões práticas. Nesse sentido, antes de discutir alteração de critérios de notificação obrigatória ou elaboração de regulações próprias para mercados digitais, parece mais pertinente adaptar o que a LDC já prevê para os novos objetivos do direito antitruste.

---

<sup>26</sup> FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 10a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 436.

No limite, caso o Cade efetivamente passe a priorizar o uso de sua prerrogativa de determinar a notificação *ex post* de operações, os próximos anos podem representar uma oportunidade de aprendizado para a autoridade, na medida em que podem permitir análises mais certeiras de aspectos concorrenciais. Em linha com o que defende Tim Wu, o qual já manifestou que “*waiting can have an important benefit in reducing agency uncertainty about key facts. Over time, the fog may clear.*”<sup>27</sup> submeter uma operação à análise concorrencial posteriormente ao seu fechamento pode trazer garantir importantes ganhos de conhecimento quanto a incertezas inerentes a mercados digitais, sendo mais um incentivo para que o Cade explore a ferramenta legal em operações dessa natureza.

## 5. Conclusão

Diante de todo o exposto, é preciso reconhecer que a repercussão prática do art. 88, §7, da Lei nº 12.529/11 é ainda limitada e que o Cade está longe de ter explorado todo seu potencial. Após dez anos de vigência da LDC, e diante de novos desafios impostos à política antitruste, o momento é oportuno para colocar tal prerrogativa legal em um outro patamar na agenda da autoridade concorrencial brasileira.

O uso mais frequente dessa ferramenta legal não significaria o enfraquecimento da política de controle de concentrações do Cade, tampouco a perda de seu caráter residual em relação às regras objetivas de notificação obrigatória; pelo contrário, permitiria que o Cade realizasse um controle de concentrações mais efetivo, especialmente em relação a operações em mercados digitais, fortalecendo em última instância a política antitruste nacional.

## 6. Referências

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. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução n. 13**, Disciplina os procedimentos previstos nos §§ 3º e 7º do art. 88 da Lei 12.529/11, 2015.

---

<sup>27</sup> HEMPHILL, Scott C.; WU, Tim. Nascent Competitors. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 168, p. 1908, 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução n. 24**, Disciplina os procedimentos previstos nos §§ 3º e 7º do art. 88 da Lei nº 12.529/11, 2019.

BUENO, Carolina Destailleur G. B.; PAIXÃO, Raíssa Leite de Freitas Paixão; RENSETTI, Bruno Polonio. Mercados Digitais: alguns conceitos. In: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva (org.). **Defesa da Concorrência em Plataformas Digitais**. São Paulo: FGV, 2020, p. 21-39. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/30031>. Acesso em: 13 out. 2022.

CADE. **Guia para análise de atos de concentração horizontal**. 2016. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf). Acesso em: 20 out. 2022.

CARVALHO, Vinícius Marques de. A política de defesa da concorrência quatro anos depois: ainda em busca de melhores práticas? In: A Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência, 2015.

CARVALHO, Vinícius Marques de. O novo SBDC como um desenho institucional mais eficiente para a implementação da política brasileira de defesa da concorrência. In: CARVALHO, Vinícius Marques de; CORDOVIL, Leonor; BAGNOLI, Vicente; ANDERS, Eduardo Caminati: **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada - Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. **Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets**. Roma: Lear: Tailored Solution In Economics, 2019.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 10a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

HEMPHILL, Scott C.; WU, Tim. Nascent Competitors. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 168, p. 1879, 2020.

HOVENKAMP, Herbert. Antitrust and Innovation: Where We Are and Where We Should Be Going. **Antitrust Law Journal, Connecticut**, n. 77, 2011, p. 749–751.

JACOBSON, Jonathan; MUFARRIGE, Christopher. Acquisitions of “Nascent” Competitors. **Antitrust Source**, 2020.

KATZ, Michael; SHELANSKI, Howard. Mergers Policy and Innovation: Must Enforcement Change to Account for Technological Change? **Innovation Policy and the Economy**, v. 5, p. 109–165, 2005.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OECD. Working Party No. 3 on Co-operation and Enforcement. *Local nexus and jurisdictional thresholds in merger control*. Background Paper by the Secretariat, 2016.

PEREIRA NETO, Caio Mário da **Silva**. **Defesa da Concorrência em Plataformas Digitais**. São Paulo: FGV, 2020.

PROENÇA, José Marcelo Martins; MISALE, Guilherme Teno Castilho. O (tímido) olhar acadêmico para o parágrafo 7º do artigo 88 da LDC. *ConJur*, 29 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-29/opiniao-olhar-academico-paragrafo-artigo-88-ldc>.

SCHRODER, Eduarda Cristina. Análise de Atos de Concentração no Mercado Digital: Como Estimular a Inovação Sem Prejudicar a Concorrência. *Res Severa Verum Gaudium*, v. 4, n. 2, 2019.

ZINGALES, Luigi *et al.* **Stigler Committee on Digital Platforms**: Final Report. Chicago: Stigler Center, 2019. Disponível em: <https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf?la=en&hash=2D23583FF8BCC560B7FEF7A81E1F95C1DDC5225E>. Acesso em: 20 out. 2022.

### 3. EFICIÊNCIAS EM ATOS DE CONCENTRAÇÃO: QUAL É O PADRÃO DE ANÁLISE?

#### 3. *MERGER EFFICIENCIES: WHAT'S THE STANDARD OF ANALYSIS?*

*Anna Olimpia de Moura Leite, Verônica de Castro Lameira, Raytza Resende Yoshimura Couto*

**Resumo:** É reconhecido na jurisprudência brasileira que as eficiências antitruste, necessariamente devem ser: prováveis e verificáveis, específicas, tempestivas e repassáveis ao consumidor. O objetivo deste artigo é identificar o padrão de análise das eficiências antitruste considerado nos atos de concentração submetidos à apreciação da autoridade antitruste brasileira, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). São analisadas, à luz da jurisprudência brasileira e internacional, as eficiências apresentadas pelas empresas requerentes em casos brasileiros recentes com relevo nacional. Os resultados indicam que a Superintendência Geral do Cade, com o apoio do Departamento Econômico deste mesmo Órgão, ao analisar as eficiências, em grande parte dos casos, tem considerado que as eficiências propostas, ainda que mensuráveis, ora são intempestivas, ora especulativas, ou superficiais, por vezes não consideradas no saldo dos benefícios ao consumidor. Tais evidências deixam em destaque a necessidade de maior direcionamento das autoridades quanto às formas de cálculo e granularidade das informações a serem apresentadas em um parecer de eficiências, sendo apresentados alguns casos brasileiros de 2021 como forma de exemplificação.

**Palavras-chave:** eficiências antitruste, defesa da concorrência, repasse ao consumidor.

**Abstract:** It is recognized in Brazilian jurisprudence that antitrust efficiencies must necessarily be: probable and verifiable, specific, timely and passable to the consumer. The purpose of this article is to identify the pattern of analysis of antitrust efficiencies considered in mergers submitted to the Brazilian antitrust authority, the Administrative Council for Economic Defense (CADE). In the light of Brazilian and international jurisprudence, the efficiencies presented by the applicant companies in recent Brazilian cases with national relevance are analyzed. The results

indicate that the General Superintendence of Cade, with the support of the Economic Department of this same Body, when analyzing the efficiencies, in most cases, has considered that the proposed efficiencies, although measurable, are sometimes untimely, sometimes speculative, or superficial, sometimes not considered in the balance of consumer benefits. Such evidence highlights the need for greater guidance from the authorities regarding the forms of calculation and granularity of the information to be presented in an efficiencies opinion, with some Brazilian cases from 2021 being presented as a form of exemplification.

**Keywords:** Antitrust efficiencies, competition defense, consumer pass-through.

## 1. Introdução

O objetivo deste trabalho é apontar elementos relevantes e ponderações quanto à avaliação de eficiências antitruste em atos de concentração. Embasando-se em jurisprudência nacional recente, buscamos trazer detalhes para auxiliar na busca por um padrão de análise que é aceito pela autoridade. A relevância do tema é observada devido à exigência de apresentação do Parecer de Eficiências à autoridade antitruste brasileira quando determinada a complexidade do caso, sendo então utilizado com finalidade de averiguar benefícios originários do ato de concentração que servirão para contrabalancear possíveis efeitos anticompetitivos gerados pela operação.

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) determina que as eficiências oriundas de um ato de concentração devem ser específicas da operação, repassadas em grande parte ao consumidor, passíveis de mensuração quantitativa, e devem ocorrer dentro do espaço temporal de dois anos. Estas especificidades buscam garantir que a sinergia obtida seja alcançada somente via operação e, principalmente, que o consumidor seja beneficiado de alguma forma, sendo exigido, portanto, a mensuração quantitativa como forma de afastar possíveis especulações sobre tais eficiências.

Contudo, tal conduta é causada pelo receio de possíveis danos ao consumidor fazem com que diversas eficiências apresentadas às autoridades sejam recusadas, seja por falta de detalhamento, ou por receio de que haveria repasse ao consumidor ou, ainda, por não atendimento pleno aos elementos que definem uma eficiência antitruste. Após um breve levantamento observa-se que esta situação ocorre em outras jurisdições

além do Brasil, como nos EUA, sendo retratado pela Conselheira do Federal Trade Commission (FTC), Christine Wilson.

Tal falta de equilíbrio no tratamento entre benefícios das eficiências e possíveis danos do ato de concentração levantam questões de como se dá o cálculo das eficiências: qual é o contexto em que elas se encaixam? Quais detalhamentos necessários para que sejam consideradas? Seriam suficientes para sobrepor preocupações anticoncorrenciais?

Neste contexto, o estudo presente está dividido em quatro seções, além dessa introdução. Na seção dois é apresentada a fundamentação teórica. Na terceira seção, a jurisprudência nacional, com características dos Atos de Concentração (AC) e retornos da autoridade, sendo por fim apresentada as considerações finais acerca dos argumentos expostos.

## **2. Literatura antitruste a partir da teoria econômica**

Em análises de atos de concentração é comum observar tratamentos assimétricos na comprovação dos potenciais ganhos de eficiências em comparação às provas utilizadas para avaliar os efeitos negativos. Christine S. Wilson, conselheira do FTC, trata sobre a assimetria de análise na jurisdição norte-americana. Ela aponta que há casos em que as operações não são aprovadas por suposições pouco contundentes sobre coordenação, enquanto as exigências estabelecidas para comprovação de eficiências são elevadas<sup>1</sup>. Em suas palavras:

Sob esse tratamento assimétrico, as Agências e os tribunais regularmente condenam fusões com base em vagas suspeitas de coordenação futura, documentos comerciais sugestivos ou presunções estruturais. Em contraste, as alegações de eficiência são vistas com ceticismo, aparentemente porque são vistas como vagas, sugestivas ou presumidas. O resultado é que a evidência de eficiências prováveis raramente, ou nunca, é suficiente para superar a determinação de que efeitos anticompetitivos podem resultar de uma fusão. (Wilson, Christine, 2020, p. 3, tradução nossa)<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> WILSON, C.; COMMISSIONER, U. S. Breaking the Vicious Cycle: Establishing a Gold Standard for Efficiencies. June, v. 24, p. 2020, 2020.

<sup>2</sup> Texto Original: “Under this asymmetric treatment, the Agencies and courts regularly condemn mergers based on vague suspicions of future coordination, suggestive business documents, or structural presumptions. In contrast, efficiencies claims are viewed skeptically, apparently because they are seen as vague, suggestive,

Neste sentido, a Conselheira pondera que eficiências acabam sendo utilizadas mais como evidência de outras motivações da operação para além da concentração de mercado do que como elemento decisório da análise antitruste.

Vale notar que a análise dos potenciais danos e dos ganhos de eficiência esperados são projeções e, portanto, ambos carregam elementos especulativos. Nem mesmo o *market share* resultante da operação é uma projeção precisa. Suponha uma operação envolvendo dois planos de saúde, em que a firma A tenha 10% de *market share* e a firma B, 15%. Apesar de que seja esperado que a firma resultante da fusão entre A e B tenha *market share* de 25%, não se pode garantir, uma vez que consumidores de A podem não querer migrar para A+B. Se uma conta trivial como o cômputo do *market share* pode ser questionada, outros elementos da análise de um ato de concentração, em especial estimativas de ganhos de eficiência, são ainda mais.

A depender da metodologia empregada, os ganhos de eficiência podem variar significativamente. Na e Zhao (2019) desenvolveram um modelo de jogo em oligopólio com “*learning-by-doing*” e apresentaram diferentes resultados com os modelos fixo e dinâmico. Os autores consideraram a fusão Boeing-McDonnell Douglas em 1997 em seu estudo, sendo que por meio de uma análise dinâmica indicaram que houve um aumento no excedente líquido do consumidor em até US\$ 5,14 bilhões, enquanto o modelo estático ao ignorar a eficiência do “*learning-by-doing*” previu uma perda de US\$ 0,92 bilhão. Logo, são cômputos que podem variar muito a depender das hipóteses empregadas e, mais ainda, parte significativa dos ganhos podem ser ignorados se empregados conceitos demasiadamente conservadores.

A atual Conselheira do FTC propõe então uma regra de ouro para a análise de eficiências no contexto de atos de concentração. Argumenta que os critérios para aferição das eficiências devem ser transparentes e, para tanto, a agência deve criar exemplos hipotéticos a serem seguidos pelos futuros Requerentes:

Quebrar o ciclo vicioso requer um novo ponto de referência.  
Eu faria com que as Agências desenvolvessem análises de eficiência para um ou mais casos hipotéticos, incluindo

---

or presumed. The result is that evidence of likely efficiencies rarely, if ever, suffices to overcome a determination that anticompetitive effects may result from a merger.”

exposições hipotéticas e apresentações das partes. Esses materiais hipotéticos podem ser acompanhados por orientações que amplifiquem os traços gerais sobre eficiência delimitados nas Diretrizes de Fusão Horizontal. Esses exemplos forneceriam às partes envolvidas na fusão um “padrão-ouro” a ser buscado em suas próprias análises. Tal padrão-ouro aumentaria a credibilidade das agências em aceitar e rejeitar alegações de eficiência. (Wilson, Christine, 2020, p. 13, tradução nossa)<sup>3</sup>

Outro aspecto que as autoridades consideram ao analisar eficiências específicas da operação é a capacidade de elas serem repassadas ao consumidor final (*passing-on*). Ocorre que muitas vezes as eficiências não são aceitas pela limitação de rivalidade presente em um mercado. No entanto, a análise das eficiências ocorre justamente quando um caso não é resolvido pela análise da rivalidade. Logo, é necessário ponderar à luz da teoria econômica quais as condições de mercado em que empresas têm incentivo a repassar ganhos de eficiência. Yde e Vita (1996) argumentam que o repasse aos consumidores é por vezes associado à existência de uma estrutura de mercado do tipo concorrência perfeita<sup>4,5</sup>. Todavia, concorrência perfeita é uma construção teórica – na prática, as estruturas de mercado são oligopolizadas. Os autores advertem sobre a necessidade de que a firma resultante da fusão possua algum grau de poder de mercado no cenário pós-fusão – sua curva de demanda seja negativamente inclinada –, para que a eficiência afete a precificação da firma fusionada, reduzindo seu preço. Nas palavras dos autores:

---

<sup>3</sup> Texto original: “Breaking the vicious cycle requires a new baseline. I would have the Agencies develop efficiencies analyses for one or more hypothetical cases, including hypothetical exhibits and party submissions. These hypothetical materials could be accompanied by guidance that amplifies the broad strokes on efficiencies painted in the Horizontal Merger Guidelines. These examples would provide merging parties with a “gold standard” to shoot for in their own analyses. Such a gold standard would increase the credibility of the Agencies in accepting and rejecting efficiencies claims.”

<sup>4</sup> YDE, Paul L.; VITA, Michael G. “Merger Efficiencies: Reconsidering the Pass-On Requirement”, *Antitrust Law Journal*, vol. 64, p. 735-747, 1996.

<sup>5</sup> Estrutura de mercado em que as firmas são tomadoras de preço e, neste contexto, preço é igual ao custo marginal. Portanto, qualquer eficiência que atinja diretamente custo marginal, impactará preço. Para mais detalhes sobre o modelo de concorrência perfeita ver VARIAN, 1992.

Ao contrário do que parece ser a intuição que sustenta um requisito de repasse, a medida em que uma eficiência específica da fusão é repassada aumenta - em vez de diminuir com o poder de mercado da empresa resultante da fusão. [...] em um mercado altamente competitivo, a empresa resultante da fusão reterá a maior parte ou toda a economia de custo como um aluguel de eficiência; os preços serão relativamente inalterados pela redução de custos específica da concentração e praticamente não ocorre qualquer repasse. Por outro lado, a empresa resultante da fusão deve possuir algum poder de mercado pós-fusão (ou seja, a demanda por sua produção é inelástica) para que uma determinada eficiência específica da fusão afete os preços da empresa resultante da fusão. Geralmente, para uma dada redução de custo específica da empresa, a redução no preço será maior quanto menos elástica for a demanda específica da empresa. (Yde e Vita, 1996, p.736, tradução nossa)<sup>6</sup>

Logo, ainda que a rivalidade de um mercado analisado não dê condições para uma operação ser aprovada, a ausência de rivalidade não deve ser critério para indicar baixo incentivo de repasse dos ganhos de eficiência aos preços. De acordo com Yde e Vita, até um monopolista, diante de ganhos de eficiências, teria incentivos para reduzir preços.

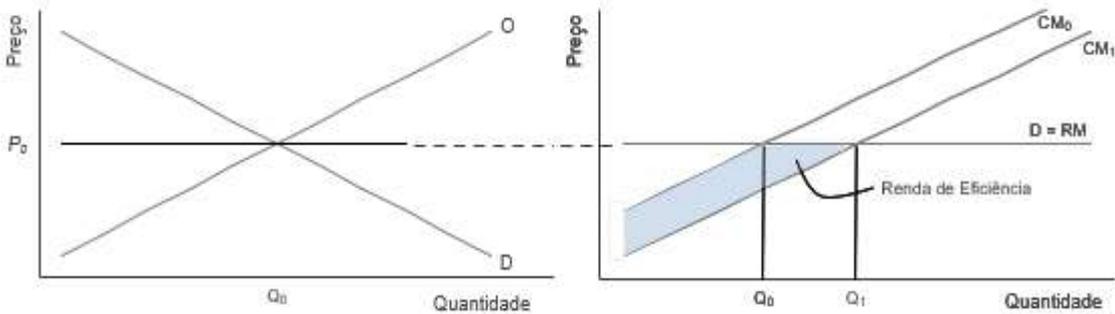
Para ilustrar este argumento, trouxemos as curvas “demanda” para diferentes estruturas de mercado, conforme modelo apresentado pelos autores. A **Figura 1** mostra um mercado perfeitamente competitivo (parte A) e uma firma *price-taker* (parte B). Considerando uma fusão neste mercado envolvendo duas firmas, que gere eficiências, seria esperado que a curva de custo marginal de longo prazo da empresa fusionada fosse deslocada para baixo. Ocorre que esta é uma empresa tomadora de preço e, então, dado que as demais empresas manterão a estrutura de custo, o ponto

---

<sup>6</sup> Texto original: “Contrary to what appears to be the intuition supporting a passing-on requirement, the extent to which a merger-specific efficiency is passed on increases - rather than decreases with the market power of the merged firm. [...] a highly competitive market the merged firm will retain most or all of the cost savings as an efficiency rent; prices will be relatively unaffected by the merger-specific cost reduction and virtually no passing-on occurs. Conversely, the merged firm must possess some post-merger market power (i.e., demand for its output is inelastic) for a given merger-specific efficiency to affect the merged firm's prices. Generally, for a given firm-specific cost reduction, the reduction in price will be greater the less elastic the firm-specific demand.”

de equilíbrio do mercado seguirá igual ao que era anteriormente à fusão. Como resultado, haverá um aumento na produção da nova firma fusionada (de  $Q_0$  para  $Q_1$ )<sup>7</sup> com maiores lucros (área hachurada), uma vez que para vender mais não é necessário reduzir preço.

**Figura 1 – Fusão em um mercado do tipo concorrência perfeita**



Fonte: Yde e Vita (1996).

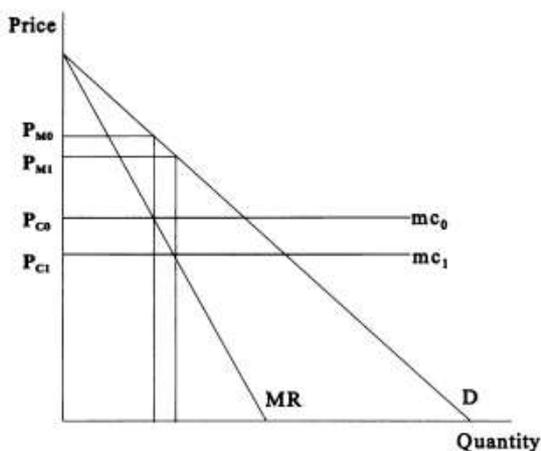
A **Figura 2** apresenta o outro caso extremo, em que a fusão ocorre em um mercado monopolista. Neste caso, a queda de custo marginal de  $MC_0$  para  $MC_1$  implica a redução de preço de equilíbrio, que passa de  $P_{M0}$  para  $P_{M1}$ . Note que o nível do preço cai menos do que nível do custo marginal.

Parte A: demanda e oferta de mercado perfeitamente

Parte B: curvas de custo marginal de uma empresa antes e depois da fusão

<sup>7</sup> Para esse argumento é oportuno lembrar, conforme detalhado por Yde e Vita (1996) que, em concorrência perfeita, o mercado é atomizado, o que significa que a produção das empresas é muito pequena em relação à produção do mercado como um todo, de modo que não conseguem influenciar o preço de mercado (Pindyck e Rubinfeld, 2013).

**Figura 2 – Fusão em um mercado monopolista**



Fonte: Yde e Vita (1996).

Com base na teoria econômica, não se trata, portanto, de saber se a estrutura de mercado resultante impediria ou não o repasse dos ganhos de eficiência aos consumidores. Deve-se avaliar se o ganho de eficiência esperado com a fusão é suficientemente grande para compensar os danos potenciais de um incremento na concentração do mercado. Nesse contexto, os preços poderiam aumentar ou diminuir, a depender do efeito líquido esperado desta análise.

### **3. Jurisprudência: levantamento de evidências de casos próprios**

No Brasil, o CADE tem se mostrado interessado em avaliar em detalhe as eficiências e sinergias que são vislumbradas pelas Requerentes como consequência de uma operação. Com base em uma lista de Atos de Concentração no biênio 2021-2022, esta seção busca apresentar um panorama das categorias de eficiência que foram apresentadas e as ponderações da autoridade sobre elas.

Antes de apresentar os casos, é válido revisar e analisar os critérios utilizados pelo CADE no Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontais, publicado em 2016, para validar as eficiências apresentadas pelas Requerentes. São eles: benefícios prováveis e verificáveis, bem-estar do consumidor e eficiências específicas.

### *3.1. Benefícios prováveis e verificáveis:*

O dimensionamento das eficiências para apresentação ao CADE deve “afastar qualquer benefício que seja puramente especulativo ou que não seja concretamente provável ou verificável”<sup>8</sup>. A análise da jurisprudência, que será detalhada a seguir, apresenta exemplos que buscam detalhar este critério, de como ocorre na prática. Para cada eficiência apresentada, as Requerentes devem apresentar razões para que ela ocorra e detalhar a metodologia empregada para estimá-la.

Uma observação relacionada a esse critério é que existem eficiências que são qualitativas e, portanto, não são quantificáveis. Por exemplo, o aumento de opções de produtos ou serviços para os consumidores, ou o ganho de qualidade de um produto ou serviço para os consumidores. Há situações que o ganho de escala oriundo de uma operação possibilita a aquisição de equipamentos que melhora a qualidade de exames ou de cirurgias. Estas podem ser verificáveis, todavia, ao apresentar a escala necessária para viabilizar a compra de determinados equipamentos, porém, elas não se traduzem em redução de custos para a empresa fusionada.

Outro exemplo é de fusões verticais envolvendo planos de saúde, de um lado, e hospitais e laboratórios, de outro. A troca de informações entre os elos podem trazer economias de custos significativas e, portanto, quantificáveis, mas trazem também ganhos para os pacientes por otimizar procedimentos, cujos benefícios não são quantificáveis. Adicionalmente, cabe mencionar o conhecimento acumulado e as habilidades incorporadas em processos e rotinas organizacionais que cada empresa detém. Ao efetivar uma fusão, empresas compartilham as suas práticas e àquelas que geram mais produtividades são absorvidas na nova companhia<sup>9</sup>.

Estes casos indicam que eficiências não mensuráveis podem dificultar a análise do efeito líquido dos benefícios/danos aos consumidores. Todavia, a OCDE observa que as agências, em geral, avaliam estas eficiências por meio de evidências não formais:

Em muitos casos, um exame dos potenciais efeitos não relacionados ao preço da fusão não será diferente do exame dos possíveis efeitos sobre o preço. No entanto, como os efeitos não relacionados ao

---

<sup>8</sup> CADE. Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontais. Brasília, 2016, p. 45.

<sup>9</sup> JU, Min; FUNG Hung-Gay; MANO, Haim. Firm Capabilities and Performance. **The Chinese Economy**. V.46, n.5,2013.

preço tendem a ser de natureza não quantitativa, as Agências confiam menos em modelos empíricos formais e mais em evidências qualitativas para avaliar os efeitos não relacionados ao preço de uma fusão. (OCDE, 2018, p. 24, tradução nossa)<sup>10</sup>

### 3.2 *Bem-estar do consumidor:*

As sinergias consideradas pelo CADE são apenas aquelas que terão impacto ao bem-estar do consumidor. Em outras palavras, as eficiências que implicam redução de custos só serão consideradas se provado que levará à redução de preço. Vale destacar, como supramencionado, que eficiências não associadas a preço também devem ser avaliadas.

A seção anterior demonstrou que a teoria econômica indica haver condições para repasse de ganhos de eficiências mesmo em mercados altamente concentrados. Logo, a avaliação se um determinado tipo de eficiência atende ao critério de bem-estar do consumidor deve ser específico à eficiência em questão, mostrando como cada uma se traduz em benefícios aos consumidores. Nesta etapa, a discussão sobre condições de mercado para repasse das eficiências é menos relevante.

### 3.3 *Eficiências específicas:*

“somente aquelas que não poderiam ser alcançadas de outra forma senão por meio do AC”<sup>11</sup>.

Caso os ganhos de eficiências sejam viáveis por meio de alternativas que são menos restritivas à concorrência em um período inferior a dois anos. A autoridade brasileira reconhece apenas as eficiências que possam “se dar sob a forma de economias de escala, de escopo, da introdução de inovações eficientes de produto ou processo, da apropriação de externalidades positivas ou eliminação de externalidades negativas e da geração de um poder de mercado compensatório”<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> Texto original: “*In many cases, an examination of the merger’s potential non-price effects will not be different from the examination of the potential price effects. However, because non-price effects tend to be non-quantitative in nature, the Agencies rely less on formal empirical models and more on qualitative evidence to assess the non-price effects of a merger.*”

<sup>11</sup> CADE. Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontais. Brasília, 2016, p. 46.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 47.

A jurisprudência norte-americana segmenta as eficiências nas seguintes categorias: alocativa, produtiva, dinâmica e transacional<sup>13</sup>. A eficiência alocativa está relacionada à utilização ótima de insumos. Um exemplo é a eliminação de dupla margem em fusões verticais. A eficiência produtiva está relacionada à redução de custos de produção por meio de economias de escala, escopo e outras sinergias. Se a escala puder ser alcançada mais rapidamente por meio da fusão, então as economias de escala resultantes são específicas da operação (Kaplow, 2021). Já a economia de escopo é obtida quando se tem a situação em que é mais barato produzir dois ou mais produtos juntos do que separadamente e isto não seria tempestivamente alcançado caso a fusão não existisse. Por fim, as sinergias são relativas a economias de custos (ou melhorias de qualidade). Cabe destacar que economias de escopo podem ser oriundas da junção de empresas com *capabilities* distintos, que, de acordo com o DoJ, conferem vantagens em custo ou qualidade sobre seus rivais. A expertise de mercado muitas vezes é difícil de ser alcançada, pois envolve elevados custos e esforços gerenciais.

A eficiência dinâmica considera elementos como o *learning-by-doing*, pesquisa e desenvolvimento, e criatividade empreendedora. Por fim, as eficiências transacionais estão relacionadas à redução de custos de transação por meio de práticas de negócios, contratos e formas organizacionais, mitigando os custos de informação e reduzindo sua exposição a comportamentos oportunistas. Mais especificamente, a economia de custos de transação está diretamente relacionada à redução de assimetria da informação *ex-ante* (seleção adversa) ou *ex-post* (risco moral).

Neste item, a questão da tempestividade é relevante, uma vez que o Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal indica que somente considerará as eficiências que sejam viáveis por meio de alternativas que são menos restritivas à concorrência em um período inferior a dois anos. Assim, vale pontuar sobre a segmentação entre custos fixos e variáveis e suas relações com o tempo. O grau do repasse, inevitavelmente, dependerá do prazo. Em sua maximização de lucros, a firma considera mormente os custos marginais do que os fixos. Nesse sentido, reduções de custo variável resultam, no curto prazo, em reduções nos preços aos

---

<sup>13</sup> DOJ. The Merger Guidelines And The Integration Of Efficiencies Into Antitrust Review Of Horizontal Mergers. The **Department of Justice Archives**. Disponível em: <https://www.justice.gov/archives/atr/merger-guidelines-and-integration-efficiencies-antitrust-review-horizontal-mergers>

consumidores, ao contrário do verificado para custos fixos, mais dependentes de um prazo maior para que sejam de fato repassados (longo prazo). Em um equilíbrio de longo prazo (mesmo que imperfeitamente competitivo), todos os custos são repassados, com preço igual ao custo médio. E no longo prazo, todos os custos são variáveis. Quanto mais longo o prazo de análise, mais custos serão variáveis e, portanto, repassados aos consumidores. Vale lembrar que o repasse atualmente considerado é limitado ao horizonte dos dois primeiros anos de uma fusão, de forma que as eficiências assim apresentadas já apresentam certa subestimação devido a definição de tempestividade aqui imposta.<sup>14</sup>

### *3.4 Análise dos processos*

Considerando tais critérios, volta-se a um conjunto de casos emblemáticos analisados no período recente, considerados complexos pelo CADE e sendo requerida a apresentação de parecer contendo as eficiências esperadas com a operação em questão. Tais atos de concentração estão apresentados na tabela abaixo, com a indicação do mercado relevante afetado.

---

<sup>14</sup> A jurisprudência recente do Cade considera reduções de custos fixos, desde que proporcionem também reduções de custo variável e em prazo razoável. Ver por exemplo a NOTA TÉCNICA N° 29/2017/DEE/CADE. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/notas-tecnicas/2017/nota-tecnica-n29-2017-ato-de-concentracao-08700002155201751.pdf>.

**Tabela 1: Casos utilizados para análise de jurisprudência**

<b>Empresas envolvidas no AC</b>	<b>Número do processo</b>	<b>Mercado relevante afetado</b>	<b>Resultado do AC</b>
Atacadão S.A. e Grupo BIG Brasil S.A.	08700.003654/2021-42	Varejo autosserviço; Atacado de distribuição; Postos de combustíveis.	Aprovado com restrições
Hapvida Participações e Investimentos S.A. e Notre Dame Intermédica Participações S.A.	08700.003176/2021-71	Planos de saúde médico-hospitalar individual/familiar e coletivo; Plano de saúde exclusivamente odontológico individual/familiar e familiar.	Aprovado sem restrições
Localiza Rent a Car S.A. e Companhia de Locação das Américas	08700.000149/2021-46	Locação de veículos (RAC); Gestão e Terceirização de Frotas (GTF); Venda de veículos usados	Aprovado com restrições
Empreendimentos Pague Menos S.A, Ipiranga Produtos de Petróleo S.A, e Imifarma Produtos Farmacêuticos e Cosméticos S.A	08700.005053/2021-74	Comércio varejista de drogas, medicamentos e de produtos de saúde, higiene e beleza; Distribuição de medicamentos, produtos de higiene pessoal e materiais para uso médico, cirúrgico, hospitalar e de laboratórios para farmácias e drogarias (segmento farma);	Aprovado com restrições

		Gestão de benefícios farmacêuticos	
--	--	------------------------------------	--

Fonte: LCA Consultores. Elaboração própria.

Cabe detalhar um pouco mais das eficiências esperadas em cada uma das operações acima elencadas:

#### 3.4.1 Atacadão S.A. e Grupo BIG Brasil S.A.

A operação envolve a aquisição da totalidade das ações de emissão do Grupo BIG pelo Atacadão, havendo sobreposição horizontal nos mercados de comércio varejista de autosserviço; atacado e revenda de combustíveis no varejo. Vislumbrou-se eficiências relacionadas à redução de gastos originários de uma otimização logística (fretes, estoques, entre outros), além de sobreposições relacionadas a marketing e G&A. Melhores condições de compras de insumos, seja por escala ou troca de *know-how* também foram elencadas como possíveis eficiências, possibilitando maior variedade de oferta ao consumidor.

#### 3.4.2 Hapvida Participações e Investimentos S.A. e Notre Dame Intermédica Participações S.A.

A operação envolveu o setor de saúde suplementar e consistiu na aquisição da Notre Dame Intermédica pela Hapvida Participações. Os mercados relevantes considerados eram: planos de saúde médico-hospitalar individual/familiar e coletivo (empresariais e por adesão), planos odontológicos individual/familiar e coletivo (empresariais e por adesão), a prestação de serviços médico-hospitalares e de apoio à medicina diagnóstica, As Requerentes apresentaram como fontes de eficiências, nomeadamente: (i) eficiências de caráter vertical – obtidas mediante a redução significativa do risco moral e da sobreutilização dos procedimentos por parte dos beneficiários, oriundas do redirecionamento da carteira de beneficiários da Intermédica para a rede própria da Hapvida; (ii) eficiências relacionadas à eliminação de margens dos prestadores de

serviços de saúde terceirizados; (iii) eficiências derivadas da sobreposição horizontal e economias de escala – baseadas no argumento da redução do risco de sinistralidade derivado da sobreposição horizontal, na melhor previsibilidade e redução do risco de sinistralidade e oriundas de G&A, negociação de suprimentos e serviços de terceiros, (iv) compartilhamento de melhores práticas.

### *3.4.3 Localiza Rent a Car S.A. e Companhia de Locação das Américas*

A operação consistiu na combinação dos negócios da Localiza Rent a Car S.A. (Localiza) e da Companhia de Locação das Américas (Unidas) mediante a incorporação de ações da Unidas pela Localiza. Esta incorporação envolveu o mercado de locação de carros, gestão de frotas e vendas de carros desativados. Por se tratar de uma operação de escala nacional, vislumbrou-se economias relacionadas a sobreposições, como G&A e marketing, além de trocas de melhores práticas que resultariam em aumento de produtividade e maiores retornos.

### *3.4.4 Empreendimentos Pague Menos S.A, Ipiranga Produtos de Petróleo S.A, e Imifarma Produtos Farmacêuticos e Cosméticos S.A*

A operação consistiu na sobreposição horizontal no mercado de comércio varejista de drogas, medicamentos e de produtos de saúde, higiene e beleza. Integração vertical entre os mercados nacionais de distribuição de medicamentos, produtos de perfumaria e higiene pessoal no segmento “farma”, no qual atua a Extrafarma, e o mercado de comércio varejista de drogas, medicamentos e de produtos de saúde, higiene e beleza da Pague Menos; (ii) mercado de gestão de benefícios farmacêuticos, onde atua a E-Pharma, investida da Pague Menos, e a utilização de tais serviços pela Extrafarma no mercado de comércio varejista de drogas, medicamentos e de produtos de saúde, higiene e beleza. Destacou-se relevante complementariedade geográfica dos pontos de vendas das partes envolvidas podendo-se otimizar fretes e centros de distribuição, além de prover maior disponibilidade de produtos ao consumidor. Aprovação da Operação condicionada à celebração de ACC com remédio estrutural.

A despeito da variedade de setores envolvidos na análise, nota-se a repetição de algumas categorias de eficiência. São elas: G&A, marketing, compra de insumos, redução de ociosidade de ativos, logística. Há também ganhos relacionados a sortimento de produtos e economias de custos tributários.

**Tabela 2: Análises de eficiências pelo CADE**

Categorias de eficiências	Descrição e interpretação do CADE
G&A	<p>eficiências de G&amp;A são aquelas associadas à redução de custos administrativos, quase sempre em decorrência da possibilidade de eliminação de áreas sobrepostas. São, em essência, uma economia de escala. Em todos os ACs analisados, economias de G&amp;A não foram aceitas sob argumento de que seriam absorvidas pelas empresas – não havendo perspectiva de repasse ao consumidor. Houve apenas um caso em que houve maior detalhamento das economias esperadas, a autoridade considerou o valor crível – mas não relevantes para a tomada de decisão quanto a operação.</p>
<i>Marketing</i>	<p>eficiências em marketing podem ocorrer de formas diversas, mas geralmente também têm natureza de economia de escala. Em um dos casos o CADE aceitou eficiência, detalhada em nível municipal, baseada na eliminação de sobreposições de gastos de marketing em mídias tradicionais (TV, rádio e veículos impressos). Nos demais, a autoridade rejeitou a quantificação da eficiência – indicando que os percentuais estimados para a redução não estavam devidamente detalhados.</p>
Compra de insumos	<p>a eficiência na compra de insumos também costuma ter natureza de economia de escala, mas pode também ser baseada em aproveitamento de <i>know how</i> comercial de uma das partes em benefício da outra. Deve-se também atentar para a possibilidade de que a percepção de economia ser, na verdade, surgimento de poder de compra – e ponderar sobre o impacto que o novo equilíbrio teria no restante da cadeia. Em alguns ACs, a eficiência foi apresentada com detalhamento por SKU e por município de entrega do insumo. Em outros, considerou-se que os parâmetros estimados não foram suficientemente detalhados – o que motivou a rejeição da eficiência.</p>
Redução de ociosidade	<p>a combinação de atividades de duas empresas</p>

	<p>viabiliza o melhor aproveitamento de ativos, permitindo à empresa fusionada remanejar a utilização ou mesmo fechar unidades que se tornam redundantes. Em um dos casos a SG se mostrou preocupada com a maneira que o fechamento de lojas poderia impactar o consumidor – rejeitando a eficiência.</p>
Logística	<p>ganhos logísticos costumam ser possíveis a partir da otimização de rotas de entrega, proximidade de plantas a fonte de matéria-prima, utilização de ativos logísticos (como Centros de Distribuição ou frota). As eficiências foram em sua maioria recusadas devido ao não detalhamento da malha logística, ou seja, detalhamento de nova rota, quilometragem, volumes, entre outros detalhes.</p>
Sortimento de produtos	<p>esse tipo de eficiência tem natureza qualitativa, com pouco impacto sobre preço. Em um dos ACs, embora a SG tenha verificado a plausibilidade da eficiência e de sua quantificação, aceitando-a como não especulativa e específica da operação, alegou que a tempestividade não foi comprovada, e, portanto, não houve consideração desta eficiência na íntegra.</p>

Fonte: LCA Consultores. Elaboração própria a partir dos ACs analisados pelo CADE.

À exceção de economias de G&A, verifica-se que a objeção da autoridade para o aceite das eficiências não foi devido à sua natureza, mas por uma percepção de que o detalhamento da quantificação não ser suficiente para atender o padrão de prova esperado ou pela eficiência ser considerada especulativa. Evidencia-se também uma predileção por estimativas apresentadas de modo detalhado e granular.

## 5. Considerações Finais

Este artigo apresenta qual tem sido o padrão de análise de eficiências antitruste, com base em casos recentes, com notoriedade, de empresas pertencentes a diferentes setores. Constatou-se que a jurisdição nacional segue tendência também verificada nos EUA de apresentar um elevado rigor na validação de evidências relativas às eficiências específicas da operação. A Conselheira Christine Wilson, do FTC, identificou esta questão, na jurisprudência norte americana, como um

tratamento assimétrico nas análises das eficiências antitruste em comparação com as análises dos danos gerados pela operação. Como forma de que as eficiências passem a ser mais consideradas nas análises de ACs, a Conselheira sugere que as autoridades deem maior transparência no processo de revisão das eficiências aceitas pela autoridade. De forma prática, ela indica que casos hipotéticos deveriam ser divulgados de forma a exemplificar elementos essenciais para a aceitação das eficiências.

De forma análoga, avaliamos que tal sugestão também é oportuna na situação da jurisdição brasileira, uma vez que as decisões e pareceres de eficiência analisados pelo CADE tem se mantido predominantemente sob sigilo (para terceiros). Questões práticas contribuiriam para a harmonização desta etapa de análise, como: os tipos de provas que as requerentes devem apresentar para demonstrar que as eficiências devem ser repassadas aos consumidores, que elas são específicas da operação e os métodos para estimativas de eficiências quantificáveis.

## 6. Referências

AN, Y.; ZHAO, W. Dynamic efficiencies of the 1997 Boeing-McDonnell Douglas merger. **The RAND Journal of Economics**, 50(3), 666-694, 2019.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal.

2016, disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/>

[publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf](https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf). Acesso em: Agosto. 2022.

DOJ. The Merger Guidelines And The Integration Of Efficiencies Into Antitrust Review Of Horizontal Mergers. The **Department of Justice Archives**. Disponível em: <https://www.justice.gov/archives/atr/merger-guidelines-and-integration-efficiencies-antitrust-review-horizontal-mergers>

FARRELL, Joseph; SHAPIRO, Carl. Scale economies and synergies in horizontal merger analysis. **Antitrust LJ**, v. 68, p. 685, 2000.

FEDERAL TRADE COMMISSION et al. **Antitrust guidelines for collaborations among competitors**. Cited on, p. 3, 2000.

KAPLOW, Louis. Efficiencies in merger analysis. Harvard Law School John M. **Olin Center Discussion Paper**. n. 1056, 2021.

JU, Min; FUNG Hung-Gay; MANO, Haim. Firm Capabilities and Performance. **The Chinese Economy**. V.46, n.5, 2013.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L.; RABASCO, Esther. **Microeconomia**. Pearson Education, 2013.

RANUCCI, Rebecca Ann.; SOUDER, David. Facilitating tacit knowledge transfer: routine compatibility, trustworthiness, and integration in M & As. **Journal of Knowledge Management**, 2015.

VARIAN, Hal R. **Microeconomic analysis**. 1992.

WERDEN, Gregory J. An economic perspective on the analysis of merger efficiencies. **Antitrust**, v. 11, p. 12, 1996.

WILSON, C.; COMMISSIONER, U. S. Breaking the Vicious Cycle: Establishing a Gold Standard for Efficiencies. June, v. 24, p. 2020, 2020.

YDE, Paul L.; VITA, Michael G. "Merger Efficiencies: Reconsidering the Pass-On Requirement", **Antitrust Law Journal**, vol. 64, p. 735-747, 1996.

**PARTE 2 –  
CONCORRÊNCIA,  
MERCADOS DIGITAIS  
E TECNOLOGIAS**

#### **4. A PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE PELO DIREITO ANTITRUSTE: UMA ANÁLISE SOBRE O POSSÍVEL ENQUADRAMENTO DA EXPLORAÇÃO EXCESSIVA DE DADOS COMO INFRAÇÃO À ORDEM ECONÔMICA NOS TERMOS DA LEI 12.529/2011**

*4. PRIVACY PROTECTION IN THE CONTEXT OF ANTITRUST LAW: AN ANALYSIS OF EXCESSIVE DATA EXPLOITATION AS A BREACH OF THE BRAZILIAN COMPETITION LAW (LAW 12.529/2011)*

*Daniela Scheuermann Celada, Natasha Siqueira Mendes de Nóvoa*

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo avaliar os limites da aplicação do Direito Antitruste em casos de falhas de mercado relacionadas à privacidade no contexto das plataformas digitais. Especificamente, o estudo busca analisar a possibilidade de enquadrar condutas relacionadas à imposição de políticas de exploração de dados como infração à ordem econômica nos termos da Lei 12.529/2011. Para tanto, explora-se o debate a respeito da interseção entre proteção de dados e concorrência e a necessidade de regulação ex post ou ex ante das condutas em mercados digitais, abordando o pioneiro caso alemão Facebook v. Bundeskartellamt, o regulamento europeu dos mercados digitais (“Digital Markets Act”), e a posição da autoridade concorrencial brasileira. Em seguida, analisa-se de que modo os possíveis abusos relacionados à privacidade poderiam ser enquadrados na Lei nº 12.529/2011. Por fim, traçam-se considerações a respeito da razoabilidade da aplicação de sanções antitruste para sanar questões de proteção de dados.

**Palavras Chaves:** Proteção de Dados, Antitruste, Privacidade, Mercados Digitais.

**Abstract:** This article aims to evaluate the limits of the application of Antitrust Law in case of privacy-related market failures in the context of digital platforms. In particular, this study seeks to analyze the circumstances in which data exploitation can be regarded as a violation of the Brazilian Competition Law (Law 12.529/2011). To this end, this article explores the debate over the intersection between data protection and competition and the need for ex post or ex ante regulation of conducts in

digital markets. It addresses the pioneering German case *Facebook v. Bundeskartellamt*, the European regulation of digital markets (“Digital Markets Act”), and the position of the Brazilian competition authority. Subsequently, it analyzes in which ways privacy-related abuses could be regarded as a violation of Law 12.529/2011. Finally, we evaluate the reasonableness of applying antitrust sanctions to remedy data protection issues.

**Keywords:** Data Protection, Antitrust, Privacy, Digital Markets.

## 1. Introdução

A discussão a respeito da possibilidade e necessidade de o direito antitruste intervir em questões relacionadas à proteção de dados tangencia, necessariamente, a discussão sobre os objetivos antitruste. No Brasil, como se extrai da CF/88 (art. 170), a livre concorrência é um dos princípios informadores da Ordem Econômica, ordem essa fundada na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, e é conjugado com uma série de outros princípios, como a função social da propriedade e a defesa do consumidor. Portanto, e considerando, ainda, que a própria Lei de Defesa da Concorrência elenca uma gama de objetivos que devem ser tutelados, considerados e sopesados, o tópico é, indubitavelmente, sensível.

Ao analisar o debate sobre os objetivos do direito da concorrência no século XXI, Bruno Becker e Marcela Mattiuzzo<sup>1</sup> expõem a tensão existente entre aqueles que propõem um foco restrito sobre o impacto no bem-estar do consumidor (*consumer welfare*) e aqueles que propõem um objetivo mais amplo de preservação do processo competitivo e da diversidade no mercado. Reconhece-se a existência de três grupos, quais sejam, a escola pós-Chicago, os neoschumpeterianos e os adeptos da economia comportamental, os quais, embora distintos em suas metodologias de análise, têm em comum o fato de aceitarem a premissa de que o bem-estar do consumidor é, de fato, o objetivo central que deve ser perseguido pela defesa da concorrência.

Partindo-se, portanto, do pressuposto de que o bem-estar do consumidor é o principal objetivo do direito antitruste, surge o desafio de

---

<sup>1</sup> MATIUZZO, Marcela. Becker, Bruno. **Plataformas Digitais e a Superação do Antitruste Tradicional**. Defesa da Concorrência em Plataformas digitais. FGV Direito. São Paulo, Brasil, 2020, p.44.

avaliar quais as novas barreiras para o *consumer welfare standard*, e sob qual perspectiva a privacidade poderia ser analisada dentro do seu escopo.

A preocupação com o tema é intensificada no âmbito da economia digital, que trouxe um novo ativo comercial para a concorrência: os dados, também considerados a “nova moeda”<sup>2</sup> ou “novo petróleo”<sup>3</sup>. Nesse contexto, o capitalismo de plataforma<sup>4</sup> passou a permitir que as empresas, por meio virtual, oferecessem seus serviços ou produtos por um preço monetário “zero” em um lado do mercado – estando, na outra metade do sinalagma contratual, a atenção dos consumidores<sup>5</sup>, e o fornecimento de informações pessoais<sup>6</sup>. Uma vez que os dados pessoais podem potencializar os efeitos de rede e servir para comercializar com terceiros e aprimorar os serviços e/ou produtos principais dos grandes *players*<sup>7</sup>, vislumbra-se que as plataformas podem ter incentivos para adotar estratégias que limitem a portabilidade dos dados e intensifiquem a sua coleta, com o objetivo de obter vantagem competitiva no mercado.

Chama cada vez mais atenção, assim, a correlação entre a privacidade e o poder concentrado das plataformas digitais, assim como a necessidade de endereçar falhas de mercado relacionadas à proteção de dados nesses mercados. As assimetrias informacionais entre prestadores de serviços e usuários, por exemplo, são falhas de mercado inerentes às plataformas digitais, sendo bem documentado que os usuários não são capazes de fazer escolhas bem-informadas nessas condições<sup>8</sup>, de modo

---

<sup>2</sup> VESTAGER, Margrethe. **Competition in a big data world**. 2016. Disponível em: <[https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-dataworld\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-dataworld_en)>. Acesso em: 04 mar. 2022.

<sup>3</sup> THE ECONOMIST. The world's most valuable resource is no longer oil, but data. 2017. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>>. Acesso em: 04 mar. 2022.

<sup>4</sup> SRNICEK, Nick. **Platform capitalism**. Cambridge: Polity Press, 2017.

<sup>5</sup> NEWMAN, John M. **Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations**. University of Pennsylvania Law Review, v. 164, 2015.

<sup>6</sup> GERADIN, Damien; KUSCHEWSKY, Monica. **Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue**. 2013. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2216088](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088)>. Acesso em: 10 mar. 2022.

<sup>7</sup> KATZ, Michael L.; SHAPIRO, Carl. **Network externalities, competition and compatibility**. The American economic review, v. 75, n. 3, 1985, p. 424-440.

<sup>8</sup> Portanto, diz-se que o consentimento e a ideia de que o consumidor é um ator econômico informado e racional deve ser vista com cautela. CHIRITA, Anca. **The Rise of Big Data and the Loss of Privacy**. In: BAKHOUM, Mor et. al. (Ed.).

que o direito à privacidade, atrelado ao direito à autodeterminação informacional<sup>9</sup> e ao livre desenvolvimento da personalidade<sup>10</sup>, muitas vezes não é efetivo. Ademais, para os *players* do mercado, pode não ser economicamente vantajoso oferecer o nível de privacidade considerado desejável por alguns consumidores<sup>11</sup>. Dentre outros motivos, isso ocorre porque mesmo que haja um consenso de que a privacidade representa, cada vez mais, uma dimensão de qualidade para os consumidores, contribuindo para o seu bem-estar<sup>12</sup>, não é possível chegar a uma conclusão sobre qual seria o nível ideal de privacidade a ser perseguido<sup>13</sup>, uma vez que, devido ao “*privacy paradox*” (“paradoxo da privacidade”), embora os consumidores defendam cada vez mais privacidade, estudos demonstram que eles raramente agem de acordo com essa preferência<sup>14</sup>.

---

**Personal data in competition, consumer protection and intellectual property law: Towards a holistic approach?** MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, Springer, 2018.

<sup>9</sup> A expressão deriva de jurisprudência da Corte Constitucional Alemã acerca da coleta de dados pessoais dos cidadãos alemães prevista na Lei do Censo de 1983, que entendeu existir direito autônomo dos titulares a manter o controle sobre seus dados pessoais, como decorrência de um direito geral à personalidade. Esse direito estaria associado à capacidade do titular de decidir acerca da divulgação e utilização de seus dados pessoais. Ver: MENKE, Fabiano. As origens alemãs e o significado da autodeterminação informativa, in: MENKE, Fabiano; DRESCH, Rafael de Freitas Valle. **Lei Geral de Proteção de Dados (Aspectos Relevantes)**. Indaiatuba: Editora FOCO, 2021, p. 13-21.

<sup>10</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 141.

<sup>11</sup> BOTTA, Marco; WIEDEMANN, Klaus. The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: **The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey**. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0003603X19863590>>. Acesso em: 01 abr. 2022.

<sup>12</sup> SWIRE, Peter. **Protecting Consumers: Privacy Matters in Antitrust Analysis**. 2007. Disponível em: <<https://www.americanprogress.org/issues/economy/news/2007/10/19/3564/protecting-consumersprivacymatters-in-antitrust-analysis/>>. Acesso em: 08 mar. 2022.

<sup>13</sup> ACQUISTI, Alessandro; TAYLOR, Curtis; WAGMAN, Liad. **The economics of privacy**. Disponível em: <<https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jel.54.2.442>>. Acesso em 12/05/2022.

<sup>14</sup> Veja-se que, de acordo com a Comissão Europeia, apenas 18% dos usuários leem os termos de uso online, enquanto 1/3 os ignora completamente. COMISSÃO EUROPEIA. **Special Eurobarometer 431: Data Protection**. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/public\\_opinion/archives/ebs/ebs\\_431\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_431_en.pdf)>. Acesso em: 08 abr. 2022.

Buscando mitigar tais problemas, diversas legislações e regulamentos estão sendo adotados no mundo todo. No Brasil, destaca-se a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), que buscou propiciar ao cidadão mais autonomia no que diz respeito ao controle e gerenciamento de seus dados.

A LGPD e o Código de Defesa do Consumidor são exemplos de regimes regulatórios *ex ante*, que identificam a conduta indesejável antes que os efeitos nocivos ocorram. Para além desses regimes, a aplicação *ex post* do direito da concorrência também pode ser vista como uma maneira de endereçar falhas de mercado relacionadas à privacidade. Nesse sentido, o presente artigo, tomando como base norteadora o bem-estar do consumidor, tentará avaliar se há espaço para a aplicação *ex post* do direito da concorrência ou se a regulamentação *ex ante* deve continuar a ser a única ferramenta nos mercados digitais.

Especificamente, busca-se responder se a imposição de termos que impliquem em uma excessiva exploração de dados dos consumidores poderia ser reprimida no âmbito do controle repressivo de condutas anticompetitivas, nos termos da Lei nº 12.529/2011. Para construir uma resposta abrangente, em um primeiro momento, o artigo trata da intersecção entre proteção de dados e concorrência (1), abordando as principais discussões, no cenário internacional, sobre regulação *ex post* (2.1.) e *ex ante* das condutas (2.2); depois, passando ao cenário nacional, analisa como a pauta está sendo vista pelo Cade (2.3). Partindo das ponderações trazidas nesses tópicos, analisam-se os principais dispositivos da Lei nº 12.529/2011 que poderiam abarcar condutas relacionadas à exploração de dados (3). Por fim, avalia-se o cabimento da aplicação de sanções antitruste para sanar falhas de mercado relacionadas à privacidade (4).

## **2. Intersecção entre proteção de dados e direito da concorrência**

Do ponto de vista econômico, o direito da concorrência e o direito a proteção de dados têm lógicas diferentes, mas perseguem objetivos relacionados.

A Lei de Defesa da Concorrência é expressamente orientada pelos ditames da defesa dos consumidores<sup>15</sup>, e, em linhas gerais, busca

---

<sup>15</sup> Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência,

promover a competição nos mercados por meio da repressão do abuso de poder econômico, seja mediante o controle de condutas anticompetitivas, seja mediante a análise de atos de concentração (fusões e aquisições), para um equilíbrio entre eficiência e competitividade dos mercados, de um lado, e o aumento do bem-estar do consumidor, do outro.

O exercício abusivo de poder de mercado pode resultar em preços muito elevados e/ou em consumidores não atendidos apesar de estarem dispostos a pagar um preço acima dos custos marginais (*deadweight loss*). Se há pouca concorrência, os consumidores não têm escolha a não ser aceitar os preços e condições oferecidos. A empresa dominante, por sua vez, não tem incentivos para oferecer condições melhores. Existindo maior pressão competitiva, o problema desaparece. É nesse contexto que se insere o direito da concorrência, que visa proteger os interesses dos consumidores pela garantia da concorrência nos mercados.

Assim, embora a política de defesa da concorrência seja orientada pelo bem-estar do consumidor (*consumer welfare standard*) e, portanto, também os proteja, é tarefa do arcabouço jurídico-institucional de defesa do consumidor e da proteção de dados tutelar seus interesses contra os efeitos negativos de falhas de mercado relacionadas a assimetrias informacionais e problemas comportamentais. Isso porque as assimetrias informacionais levam os consumidores a aceitarem termos e condições desfavoráveis mesmo que as empresas não tenham posição dominante, e mesmo que existam concorrentes no mercado oferecendo condições mais favoráveis. Esse tipo de dano ao bem-estar do consumidor, ao contrário do dano resultante do exercício de poder de mercado, dificilmente será resolvido apenas aumentando a concorrência. O problema é mitigado por meio de regras que estabeleçam padrões elevados de consentimento e limites à coleta e ao processamento de dados.

Por outro lado, a zona de penumbra entre os dois campos normativos se acentua quando estamos diante de uma conduta que consista no uso indevido de dados como estratégia de, por exemplo, fechamento de mercado e discriminação de concorrentes, ou, ainda, quando os dados são considerados uma “*essential facility*” – presentes as condições para que seu acesso seja considerado indispensável para garantir a concorrência no

---

função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.”.

mercado<sup>16</sup>—, sendo imprescindível, nesses casos, identificar qual abordagem se mostra mais compatível e eficaz com a legislação vigente. Nesse sentido, cumpre ressaltar que uma mesma conduta pode ser caracterizada como uma infração sob a perspectiva de bens jurídicos distintos, podendo estar sujeita à diversas punições envolvendo diferentes instituições na sua persecução, de modo que é possível que autoridades antitruste investiguem possíveis efeitos de violações de dados pessoais.

Notadamente, como será visto em maiores detalhes no item subsequente, a Autoridade Concorrencial Alemã, Bundeskartellamt, recentemente se deparou com uma investigação envolvendo a proteção de dados em plataforma digital, desencadeando uma controversa discussão internacional. Na oportunidade, a autoridade entendeu que o Facebook exerceu abusivamente seu poder de mercado ao condicionar o uso de sua rede social à permissão de acumular ilimitadamente todo tipo de dados gerados pelo uso de sites de terceiros e mesclá-los com a conta do usuário no Facebook, uma vez que tal conduta possibilitaria ganhar indevidamente uma vantagem competitiva, alavancar o poder de mercado, e expandir para mercados adjacentes, em prejuízo à concorrência e aos consumidores.

---

<sup>16</sup> GREAF, Inge. **Data as Essential Facility: Competition and Innovation on Online Platforms**. Tese (Doutorado), KU Leuven, 2016. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/34662689.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

### 3. Um olhar às experiências recentes: antitruste e privacidade

#### 3.1 Cenário Internacional

##### 3.1.1. Caso *Facebook v. Bundeskartellamt* e a regulação *ex post* das condutas em mercados digitais

Sob a perspectiva europeia, o caso *Facebook v. Bundeskartellamt* merece destaque na medida em que não apenas suscitou discussões relevantes envolvendo os dilemas da intersecção da política antitruste com a privacidade, mas é também, até o momento, um dos maiores exemplos mundiais de tentativa de aplicação de sanções antitruste em condutas relacionadas à exploração de dados.

Em fevereiro de 2019, a autoridade antitruste alemã, Bundeskartellamt, concluiu que o Facebook é dominante no mercado de redes sociais na Alemanha e condenou a empresa por abuso de posição dominante por “condicionar o uso de sua rede social à permissão de acumular ilimitadamente todo tipo de dados gerados pelo uso de sites de terceiros e mesclá-los com a conta do usuário no Facebook”<sup>17</sup>.

Os termos de uso da plataforma garantiam ao Facebook o direito de coletar os dados fornecidos pelos usuários não apenas dentro de sua plataforma, mas também no site de parceiros que utilizassem as ferramentas de negócios do Facebook, inclusive independentemente de o usuário estar logado em uma conta do Facebook. A autoridade considerou que isso seria uma infração concorrencial, e o raciocínio se baseou em uma violação do Artigo 61 do *General Data Protection Regulation* (GDPR) da União Europeia, uma vez que os usuários não deram consentimento efetivo para a prática. Entendeu-se que a violação seria um exercício abusivo do poder de mercado; assim, o abuso derivaria diretamente da violação de regras de proteção de dados.

O referido caso ainda não foi encerrado. A decisão foi afastada, em sede de recurso, pelo Tribunal Regional Superior de Düsseldorf (DHRC). O DHRC enfatizou que nem toda vantagem econômica constitui uma restrição da concorrência, e, embora não tenha descartado que os dados coletados poderiam levar a um aumento das barreiras de entrada,

---

<sup>17</sup> BUNDESKARTELLAMT. Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources, Press Release, 07/02/2019. Disponível em: <[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07\\_02\\_2019\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html)>. Acesso em: 25 mar. 2022.

apontou que, devido às particularidades do Facebook como uma plataforma de múltiplos lados com fortes efeitos de rede, a real barreira à entrada seria a atração de uma massa crítica de usuários. Ainda segundo o DHRC, a violação da legislação de proteção de dados deve ser estabelecida por órgão especializado em proteção de dados, e não pela autoridade concorrencial. O Tribunal notou que é preciso cautela para não permitir uma expansão demasiada do poder e competência da autoridade concorrencial, o que a permitiria interpretar todos os ramos do direito. No entendimento da Corte, essa divisão de poder é crucial para o funcionamento eficaz do mercado, e não deve ser posta de lado apenas porque a instituição responsável pela proteção de dados consente ou presta assistência voluntária na investigação. O DHRC asseverou que violações à privacidade, assim como demais danos ao consumidor, podem ser levados em conta na análise de uma conduta, mas a mera violação de normas de um ramo do direito não é suficiente para caracterizar um abuso de posição dominante. Segundo o Tribunal, a Autoridade Concorrencial não demonstrou o dano à concorrência decorrente do comportamento do Facebook<sup>18</sup>.

Em 23 de junho de 2020, o Tribunal Federal da Alemanha (*Bundesgerichtshof*), anulou o julgamento do DHRC. Na oportunidade, a Corte confirmou o resultado do julgamento realizado pela Autoridade Concorrencial Alemã, mas, em vez de relacionar o abuso de posição dominante à uma violação da lei de proteção de dados, elaborou uma teoria do dano baseada na autodeterminação informacional como princípio do direito constitucional alemão. O Tribunal baseou-se no conceito de restrição da liberdade de escolha do consumidor, considerando o interesse daqueles usuários que não querem ser excluídos do Facebook, mas que valorizam a limitação da coleta e processamento de dados ao mínimo necessário para o funcionamento da rede social.

O raciocínio do Tribunal foi baseado no fato de que os usuários não têm a opção de usar a rede social sem fornecer um acesso potencialmente irrestrito aos seus dados pessoais, incluindo aqueles coletados através de websites de terceiros. O consentimento, portanto, é

---

<sup>18</sup> BUNDESKARTELLAMT. Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing (6 February 2019), B6-22/16, Disponível em: [http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf%3F\\_\\_blob%3DpublicationFile%26v%3D5](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf%3F__blob%3DpublicationFile%26v%3D5). Acesso em 12/01/2022.

prejudicado, e os usuários são obrigados a “pagar” por um serviço que não desejam, um serviço que gera dados e personalização com base na atividade do usuário fora da rede social em questão<sup>19</sup>:

Os usuários não têm a opção de decidir se querem usar a rede com mais "personalização da experiência do usuário" —o que está ligado a um acesso potencialmente irrestrito do Facebook também às informações do seu uso de internet fora da rede do Facebook— ou de consentir apenas com uma personalização baseada nos dados que eles fornecem no facebook.com. (tradução livre).

Segundo o Tribunal, não há dúvidas de que os termos de uso do Facebook têm efeitos anticompetitivos, uma vez que a imposição da referida política de privacidade não ocorreria em condições de concorrência saudável e efetiva. Ressaltou, ainda, que os resultados anticompetitivos da conduta são intensificados pelos efeitos de rede, que por sua vez levam a um efeito de aprisionamento (*lock-in*). Como resultado, os usuários ficam ainda mais dispostos a aceitar condições desvantajosas. Em condições de concorrência efetiva, isto é, sem os altos custos de troca decorrentes do efeito de aprisionamento, os consumidores teriam mais opções no mercado de redes sociais, de modo a poder escolher entre modelos com um padrão de coleta de dados menos invasivo<sup>20</sup>.

O Tribunal também entendeu que, uma vez que o comportamento do Facebook claramente prejudica os consumidores de uma forma que não seria possível em condições normais de concorrência, nenhum outro nexo de causalidade precisa ser comprovado para caracterizar o abuso. No entanto, seguindo essa abordagem, as falhas de mercado não relacionadas ao exercício de posição dominante podem ser sancionadas pelo direito da concorrência, o que não corresponde aos seus objetivos.

Cabe notar que, recentemente, o DHRC encaminhou o caso à *European Court of Justice*, que pode ser chamada para interpretar o GDPR

---

<sup>19</sup> ALEMANHA. Corte Federal de Justiça (Bundesgerichtshof – BGH). Decision of the Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof) of 23 June 2020 – Case No. KVR 69/19. para 58. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s40319-020-00991-2>>. Acesso em: 08 abr. 2022.

<sup>20</sup> ALEMANHA. Corte Federal de Justiça (Bundesgerichtshof – BGH). Decision of the Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof) of 23 June 2020 – Case No. KVR 69/19. para 86. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s40319-020-00991-2>>. Acesso em: 08 abr. 2022.

e as possíveis restrições à concorrência decorrentes da violação da lei, sendo ainda incerto o desfecho final do caso. No entanto, é inequívoco que esse precedente, em que se testaram diferentes teses e limites da relação entre proteção de dados e concorrência, demonstra a dificuldade de utilizar o instrumental antitruste para remediar condutas relacionadas à exploração de dados.

### 3.1.2. O *Digital Markets Act* e a regulação *ex ante* das condutas em mercados digitais

Considerando os obstáculos para a aplicação *ex post* do direito da concorrência para tratar falhas de mercado em mercados digitais, discute-se, ao redor do mundo, a necessidade de criar regulações específicas para controlar esse setor, especialmente no que diz respeito ao uso de dados pessoais pelas plataformas. Nesse sentido, o paradoxo que se coloca é que, por um lado, a ausência de regulação pode permitir que as plataformas se tornem conglomerados demasiadamente grandes, ao ponto de impossibilitar que a autoridade antitruste contenha abusos de posição dominante; por outro lado, os obstáculos criados por eventuais regulações podem inibir inovações e trocar falhas de mercado por falhas de governo<sup>21</sup>.

A União Europeia optou pela regulação. Em 05 de julho de 2022, o Parlamento Europeu aprovou o acordo provisório sobre a Lei dos Mercados Digitais, o *Digital Markets Act* (DMA), que visa garantir “mercados competitivos e justos no setor digital em toda a União onde os *gatekeepers* estão presentes, em benefício dos usuários empresariais e dos consumidores finais”<sup>22</sup>. Cumpre notar que o DMA define “*gatekeeper*” como toda plataforma que: (i) teve um volume de negócios anual de pelo menos 7,5 mil milhões de euros na União Europeia nos últimos três anos; (ii) teve uma avaliação de mercado de pelo menos 75 mil milhões de euros; (iii) controla um ou mais serviços da plataforma principal em pelo menos três estados membros (mercados e lojas de aplicativos, mecanismos de pesquisa, redes sociais, serviços em nuvem, serviços de publicidade, assistentes de voz e navegadores da web).

---

<sup>21</sup> Sobre falhas de governo e teoria da regulação, ver: SAMPAIO, Patricia. Regulação e concorrência - **A atuação do Cade em setores de infraestrutura**. São Paulo: Saraiva, 2013, capítulo 2; WILLIAMS JR., Ernest W.; COASE, Ronald H. The regulated industries: discussion. *American Economic Review*. v. 54. n. 3. mai. 1964.

<sup>22</sup> UNIÃO EUROPEIA. *Digital Market Act (DMA)*. 2022. Disponível em: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_2347](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2347). Acesso em: 02.07.2022.

A regulação europeia estabelece um amplo rol de práticas proibidas para os *gatekeepers* em seus Artigos 5 e 6. Em linhas gerais, os *gatekeepers* devem permitir que outros agentes de mercado utilizem suas plataformas sem discriminação e sem condicionar a utilização de um de seus serviços a outros. *Gatekeepers* não podem favorecer os seus próprios serviços (*self-preferencing*) ou combinar dados coletados de um ou mais de seus próprios serviços. Notadamente, em seu Artigo 5(2), o DMA estabelece, entre outras proibições, que um “*gatekeeper*” deve:

abster-se de combinar dados pessoais provenientes dos serviços da plataforma principal com dados pessoais de qualquer outro serviço oferecido pelo *gatekeeper* ou com dados pessoais de serviços de terceiros, e abster-se de conectar usuários finais a outros serviços do *gatekeeper* para combinar dados pessoais, a menos que tenha sido fornecida ao usuário uma escolha específica e este tenha dado o seu consentimento nos termos do Regulamento (UE) 2016/67.

O DMA adota um formato “*one size fits all*”, isto é, suas proibições são aplicáveis automaticamente e de maneira uniforme para todos os serviços das plataformas abrangidas, independentemente das especificidades de cada modelo de negócio e das condições de mercado e concorrência. A propósito, essa abordagem é alvo de críticas porque dificilmente conseguirá se manter compatível com as transformações nos mercados online.

Como forma de garantir à Comissão Europeia a discricionariedade para impor deveres adicionais aos *gatekeepers*, tendo em vista as peculiaridades de cada mercado, as obrigações estabelecidas no Artigo 6 são vagas e, conforme o próprio texto do artigo refere, “suscetíveis a especificações adicionais”. Diversos autores aduzem que, ao menos em relação a essas obrigações, a Comissão deveria estar aberta a analisar demonstrações de eficiências<sup>23</sup>. Contudo, o texto aprovado pelo Parlamento sinalizou, no final do Considerando nº 23, que “quaisquer justificativas econômicas que envolvam definição de mercado ou que busquem demonstrar eficiências derivadas de um tipo específico de comportamento da empresa devem ser descartadas, uma vez que não são relevantes para a designação como *gatekeeper*”.

---

<sup>23</sup> EUROPE. CENTRE ON REGULATION IN EUROPE (CERRE). The European Proposal for a Digital Markets Act – a first assessment, 2021, p. 22.

Dessa forma, a regulação setorial busca se afastar da lógica antitruste e dos ônus excessivos envolvidos em enquadrar uma conduta como infração à ordem econômica nos termos da legislação concorrencial. Embora algumas obrigações previstas no DMA de fato contribuam significativamente para ampliar a contestabilidade das plataformas digitais, é possível que a sua aplicação como regras *per se* gerem efeitos indesejáveis.

É incerto, portanto, se as medidas adotadas pelo DMA são as mais adequadas, ou se podem exceder os custos e problemas causados pelas falhas de mercado que almejam sanar. Independentemente disso, certo é que a abordagem da União Europeia tem o potencial de revolucionar o setor digital em todo o mundo e deve servir de inspiração para outros países.

### *3.3 Cenário Nacional: a exploração de dados em pauta no Cade*

No Brasil, também houve um aumento da discussão sobre plataformas digitais<sup>24</sup>, especialmente com a vigência da LGPD e a consequente aproximação dos estudos entre concorrência e privacidade. Nesse sentido, o Cade já destacou que considera importante buscar uma cooperação ativa com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD) e a Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon)<sup>25</sup>, tendo, inclusive, celebrado um Acordo de Cooperação Técnica (ACT) com a ANPD, visando reforçar o estudo sobre as instituições de proteção de dados e de defesa da concorrência, elaborando sugestões e possibilidades de interação entre os dois órgãos<sup>26</sup>.

Além disso, é de se destacar a atuação conjunta das três instituições na análise de conformidade da política de privacidade do

---

<sup>24</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo n° 08700.001797/2022-09. Ato de Concentração n° 08700.000059/2021-55. Ato de Concentração n° 08700.006373/2020-61

<sup>25</sup> BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Org.). BRICS in the digital economy: competition policy in practice, 2019, p. 23. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-deconteudo/publicacoes/brics-in-the-digital-economy/brics-digital-economy-cade.pdf>>.

<sup>26</sup> BRASIL. AUTORIDADE NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Acordo de Cooperação Técnica n 05/2021.

WhatsApp em relação às legislações nacionais<sup>27</sup>, e o documentos produzido pelo Departamento de Estudos Econômicos, intitulado “Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados”, cujo objetivo foi analisar os principais relatórios produzidos pelas autoridades e centros de pesquisas antitrustes<sup>28</sup>.

Embora o tema não tenha sido objeto de uma análise metódica em precedentes do Cade, citam-se três casos recentes em que o Cade já abordou a interseção entre dados e concorrência.

O primeiro caso refere-se ao Ato Concentração n° 08700.000059/2021-55<sup>29</sup>, que tratou da aquisição, pelo Magalu Pagamentos, de 100% (cem por cento) do capital social total das Empresas Hub. Em sede de recurso, o terceiro interessado Mercado Pago argumentou que a análise do referido AC deveria se nortear pela perspectiva de *Data-Driven Merger* (“aquisição movida a dados”). Ainda segundo a companhia, nesse tipo de aquisição, é preciso considerar que há um elevado número de dados pessoais envolvidos na operação, de modo que essa junção da base deve ser analisada com maior cautela. Assim, o principal argumento do terceiro interessado foi que a Magalu não estaria interessada nos serviços da Hub, mas sim em sua base de dados, e que essa motivação deveria ser levada em consideração na análise concorrencial.

Durante a 174ª Sessão Ordinária de Julgamento<sup>30</sup>, a Conselheira Relatora, Paula Azevedo, considerou que os dados discutidos não poderiam ser repassados pela Hub à Magalu, uma vez que a operação não autorizaria que a Hub descumprisse obrigações contratuais, legais e regulatórias. Desse modo, entendeu que a transferência ou tratamento dos

---

<sup>27</sup> BRASIL. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. MPF, Cade, ANPD e Senacon recomendam que WhatsApp adie entrada em vigor da nova política de privacidade. 2021. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-cade-anpd-senacon-recomendam-que-whatsapp-adie-entrada-em-vigor-da-nova-politica-de-privacidade>. Acesso em 22.08.2022.

<sup>28</sup> LANCIERI, F.M.; SAKOWSKI, P.A.M. **Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados**. Documento de Trabalho n° 005/2020. Brasília, Departamento de Estudos Econômicos – DEE (Cade). Ago. 2020. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrancia-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>. Acesso em 12.01.2023.

<sup>29</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n° 08700.000059/2021-55.

<sup>30</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 175ª Sessão Ordinária de Julgamento. Ato de Concentração n° 08700.000059/2021-55. N° SEI 0894661.

dados da Hub pela Magalu sem a anuência dos titulares, já estaria vedada. Assim, o voto, referendado por unanimidade pelo Plenário, negou provimento ao recurso interposto pela terceira interessada e manteve a decisão de aprovação da operação sem restrições proferida pela Superintendência-Geral.

O segundo caso é referente ao Ato de Concentração nº 08700.003969/2020-17<sup>31</sup>, cujo objeto residiu na aquisição de Software pela STNE Participações S.A. (Stone) da Linx S.A. As terceiras interessadas, Cielo S.A, Banco Safra e Adyen do Brasil LTDA tentaram bloquear a operação com o argumento de que a Stone passaria a deter acesso a dados de varejistas, o que poderia trazer vantagens competitivas indevidas no mercado afetado.

O Conselheiro Relator Sérgio Ravagnani, no entanto, entendeu que a operação não permitiria que a Stone acessasse a estratégia comercial dos concorrentes que faziam uso dos softwares de gestão da Linx. Segundo o Relator, todas as informações que a Stone passaria a ter acesso em decorrência da operação já estariam sendo compartilhadas entre instituições financeiras, com a devida autorização dos titulares dos dados<sup>32</sup>. Nesse caso, ainda que o Tribunal tenha entendido que o compartilhamento de dados poderia trazer benefícios aos consumidores, houve um alerta a respeito da preocupação antitruste em relação ao aprimoramento dos meios de obtenção, processamento e uso de dados pessoais.

Ainda, destaca-se o Ato de Concentração nº 08700.006373/2020-61<sup>33</sup>, que teve a Claro e a Serasa como requerentes. O principal objeto da operação envolveu o fornecimento de insumos pela Claro (i.e., informações de crédito da sua base de clientes) para o desenvolvimento e oferecimento de novos serviços de informações de crédito pela Serasa. A operação envolveu discussões sobre a habilitação de terceiro interessado, a definição de contrato associativo, e também a pauta da proteção de dados pessoais, ressaltada pelo MPF-Cade. O Tribunal discutiu a necessidade de aprofundar a instrução do Ato de Concentração, uma vez que não estaria claro a amplitude dos dados envolvidos, principalmente considerando a

---

<sup>31</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.003969/2020-17.

<sup>32</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.003969/2020-17. Nº SEI 0921675.

<sup>33</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.006373/2020-61. Nº SEI 0843320.

possibilidade de fechamento de mercado de dois grandes *players* em seus respectivos setores. Optou, contudo, pela não avocação do caso.

A despeito desses casos, por ser um tema relativamente novo, ainda há incertezas quanto à possível relevância dessas questões na análise concorrencial. A tendência, contudo, é que seja cada vez mais comum no Cade a apresentação de denúncias que envolvam questões relacionadas ao acesso a dados.

Como exemplo, tem-se a denúncia da Associação Brasileira de Benefícios ao Trabalhador (ABBT) em face do Ifood, por supostas práticas anticompetitivas contra concorrentes a jusante no mercado de vale-benefícios por meio de vantagens auferidas no mercado de plataformas de delivery de refeições. Por entender que o Ifood Benefícios teria uma vantagem competitiva indevida, a Representante requer, entre outras medidas, a proibição do uso dos dados pessoais obtidos pela plataforma iFood pelo iFood Benefícios. A partir da denúncia, o Cade instaurou inquérito administrativo em desfavor do Ifood para apurar as supostas infrações à ordem econômica, dentre elas, “o uso indevido da base de dados obtida de sua plataforma *delivery* para prospectar sua atuação no mercado de vale-benefícios”<sup>34</sup>.

A SG/Cade decidiu pelo arquivamento do caso, tendo apontado que, no Brasil, é a LGPD que que regulamenta o uso de base de dados construídas no mercado digital, e que “o uso de dados não se caracteriza como ilícito anticoncorrencial, mas se tornou insumo da indústria na IV Revolução Industrial”<sup>35</sup>. Embora o caso tenha sido avocado, no despacho de avocação o conselheiro Gustavo Augusto Freitas de Lima aponta que o direito antitruste não veda o “uso de uma base de dados licitamente obtida por uma empresa como parte do seu modelo de negócios, se tal prática não estiver associada a alguma outra conduta ilícita ou abusiva”<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> OFÍCIO Nº 3613/2022/DIAP/CGP/DAP/Cade. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1lskjh7ohC8yMfhLoDBLddYDLmLEFd8FUGatIW77ci0IfWzvTfcyVfTeZhnguYwBs18-ZsSMj2iDcR1I8Y-9k4A3YDjqZ4MMO1fi9q4v0qr2](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1lskjh7ohC8yMfhLoDBLddYDLmLEFd8FUGatIW77ci0IfWzvTfcyVfTeZhnguYwBs18-ZsSMj2iDcR1I8Y-9k4A3YDjqZ4MMO1fi9q4v0qr2). Acesso em 12.07/2022.

<sup>35</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo nº 08700.001797/2022-09. Nota Técnica nº 13/2022/GAB-SG/SG/CADE. Nº SEI 1145253.

<sup>36</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo nº 08700.001797/2022-09. Despacho Decisório nº 1/2023/Gab3/CADE. Nº SEI 1170709.

#### 4. Possíveis infrações à Lei 12.529/11 a partir da coleta e uso dos dados pessoais

Passamos para a análise a respeito da possibilidade de enquadrar a imposição de determinados termos de privacidade como infração à Lei 12.529/2011. Como visto, se entendermos que, na relação usuários-plataforma, o fornecimento de dados compõe uma metade do sinalagma contratual, a represália por parte de empresa com posição dominante que eventualmente deixe de contratar com aqueles que se insurjam em face de novo termo de contratação pode caracterizar a conduta prevista no art. 36, § 3º, XII, da Lei 12.529/2011 – “*dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais*”. Nesse sentido, é possível argumentar que uma plataforma com posição dominante que decida atualizar os seus termos de uso, de modo a forçar o consumidor a se sujeitar à uma coleta de dados excessiva, pode estar cometendo a referida infração.

Ainda, em tese, políticas de privacidade no formato “pegar ou largar” podem ser entendidas como recusa a prestação de serviços dentro das condições normais aos usos e costumes comerciais, conduta passível de ser enquadrada no art. 36, § 3º, XI da Lei 12.529/2011. Essa questão merece uma análise mais aprofundada, especialmente em atenção à tentativa pioneira da Autoridade Concorrencial Alemã em enquadrar a exploração de dados como conduta unilateral abusiva, e às investigações abertas contra a política de privacidade do WhatsApp por autoridades da concorrência de países como a Índia<sup>37</sup>, Argentina<sup>38</sup>, Turquia<sup>39</sup> e Itália<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> REUTERS. **India antitrust watchdog orders probe into WhatsApp's new privacy policy**. Disponível em: <<https://www.reuters.com/article/us-india-facebook-whatsapp-idUSKBN2BG1Y2>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

<sup>38</sup> ARGENTINA. Resolución 492/2021 de 05/05/2021. Disponível em: <<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/244442/20210517>>. Acesso em: 08 abr. 2022.

<sup>39</sup> BLOOMBERG. **Turkey starts antitrust investigation into WhatsApp, Facebook**. Disponível em: <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-01-11/turkey-starts-antitrust-investigation-into-whatsapp-facebook-kjsgfexa>>. Acesso em: 08 abr. 2022.

<sup>40</sup> AUTORITA GARANTE PER LA CONCORRENZA E IL MERCATO (Itália). **Facebook fined 10 million Euros by the ICA for unfair commercial practices for using its subscribers' data for commercial purposes**. Disponível em: <<https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2018/12/Facebook-fined-10-million->

Quando consideramos a necessidade de demonstrar o nexo causal entre a imposição das cláusulas “injustificáveis” e a posição dominante, é difícil sustentar os argumentos acima referidos. É questionável até que ponto é razoável entender que uma empresa dominante estaria cometendo abuso se, por exemplo, as cláusulas impostas por ela são igualmente impostas por outras empresas sem posição dominante, em decorrência da falta de incentivos ao oferecimento de padrões de privacidade mais elevados (porque, por exemplo, os consumidores não agem de acordo com essa preferência). Ademais, não são claros os efeitos que determinada política de privacidade pode ter sobre a concorrência, de modo que obrigar uma plataforma a alterar os seus termos de uso não necessariamente assegurará o reestabelecimento da concorrência no mercado.

Cabe lembrar que, na análise de uma conduta, devem ser demonstrados seus efeitos reais ou potenciais, uma vez que “pela regra da razão, somente são consideradas ilegais as práticas que restringem a concorrência de forma não razoável.”<sup>41</sup> A metodologia desenvolve-se em etapas, a saber: (1) identificação da natureza e definição do seu enquadramento legal; (2) verificação da existência de evidências suficientes das condutas nos autos; (3) delimitação do mercado relevante; (4) estimativa das participações no mercado relevante; (5) análise das condições concorrenciais, efetivas e potenciais, no mercado relevante; (7) exame de possíveis ganhos de eficiência econômica e outros benefícios gerados pela conduta; e (8) avaliação final dos efeitos anticompetitivos, ao menos concretamente potenciais, e das eficiências econômicas.

Nesse sentido, se, por um lado, é possível argumentar que os termos de uso podem ser desproporcionais e injustificáveis para o fornecimento do serviço, por outro, a plataforma pode justificar a quantidade de dados coletados pela necessidade de monetizar suas atividades, para sustentar seu modelo de negócios e, ainda, para alcançar a alta qualidade de seus serviços. Adotados os parâmetros acima referidos, somente deveriam ser condenadas condutas cujos efeitos anticompetitivos fossem demonstrados e, ainda assim, não fossem suficientemente contrabalançados por possíveis benefícios/eficiências.

Sob outro enfoque, é possível avaliar a coleta de dados como um abuso de posição dominante fazendo uma analogia com a imposição de

---

Euros-by-the-ICA-for-unfair-commercial-practices-for-using-its-subscribers'-data-for-commercial-purposes>. Acesso em: 08 abr. 2022.

<sup>41</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**, 10.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 207

preços excessivos, conduta passível de enquadramento no Artigo 36, inciso III, da Lei 12.529/2011. Não obstante, o preço excessivo, puro e simples, não é considerado infração concorrencial (entre outros motivos pela grande dificuldade dessa avaliação)<sup>42</sup>. Outrossim, há que se considerar que (i) os mesmos dados podem ser reutilizados várias vezes para acessar diferentes plataformas; (ii) a mesma informação pode ser coletada e usada por diferentes prestadores de serviços simultaneamente; e (iii) o verdadeiro valor dos dados é gerado a partir do que é inferido pelos algoritmos analíticos, e não do conjunto de informações fornecidas em si – não apenas a quantidade de dados, mas também o seu tipo, qualidade, capacidade de armazenagem e processamento são relevantes em um modelo de negócios movido a dados. Portanto, é difícil concluir que o fornecimento de dados pessoais pode ser entendido de forma análoga à uma transferência monetária, quando sua real utilidade não é clara.

Como visto, as teorias do dano que tratam de alterações de políticas de privacidade são muito controversas. É interessante a tentativa do Tribunal Federal Alemão de enquadrar a conduta como uma prática análoga à “*tying*”, a qual retira do consumidor a liberdade e a oportunidade de adquirir o bem que deseja (os serviços principais da plataforma) sem que seja compelido a adquirir outro bem ou serviço (a personalização “excessiva” resultante da análise de dados)<sup>43</sup>. Tal conduta (quando acompanhada de efeitos anticompetitivos) encontra vedação no art. 36, § 3º, XVIII, da Lei 12.529/2011 (“*subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem*”), e tem como possíveis efeitos (a) ganho de participação no mercado do produto vinculado, que é resumido pela teoria da alavancagem, (b) o fechamento do mercado do produto vinculado ou aumento de barreiras no mercado do produto vinculado, dificultando a entrada de novos agentes, (c) a discriminação dos preços, com a exploração do adquirente e (d) o

---

<sup>42</sup> BARRETO, Alexandre; MAHON, Ana Luiza. LGPD e Defesa da Concorrência: o caso Facebook. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/opiniaocolumna/2021/04/24/lgpd-e-defesa-da-concorrancia-o-caso-facebook.htm?cmpid=copiaecola>> Acesso em: 08 abr. 2022.

<sup>43</sup> ALEMANHA. Corte Federal de Justiça (Bundesgerichtshof – BGH). Decision of the Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof) of 23 June 2020 – Case No. KVR 69/19. para 86. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s40319-020-00991-2>>. Acesso em: 08 abr. 2022.

contorno de eventual fiscalização dos preços em mercados regulados<sup>44</sup>. Contudo, a abordagem permanece questionável, pois, sem a devida demonstração dos efeitos, há o risco de enquadrar na proibição legal qualquer alteração ou personalização adicional incluída no serviço da plataforma, o que teria efeitos negativos ao bem-estar dos consumidores e à inovação.

---

<sup>44</sup> COPETTI CRAVO, Daniela. **Venda casada: é necessária a cópia repressão?** Rev. Defesa da Concorrência. Brasília, nº1, pp. 52-70, 2013. Disponível em: <<http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/46/13>> Acesso em 02 nov. 2018.

## 5. Falhas de mercado relacionadas à privacidade: deve o Direito Antitruste intervir?

Como visto, as políticas de privacidade das plataformas podem ser tratadas na seara da defesa do consumidor, da proteção de dados e, em tese, também no âmbito do direito da concorrência. Essas áreas se comunicam em muitos pontos, embora tenham lógicas e institutos diferentes. A doutrina é muito dúvida a respeito da possibilidade e/ou necessidade do direito antitruste endereçar as questões relacionadas à privacidade por meio de medidas repressivas e, até o momento, as tentativas de investigar as políticas de dados de empresas dominantes sob a perspectiva do direito da concorrência são consideradas pouco convincentes.

Cabe notar que, ao analisar uma conduta semelhante àquela tratada no caso alemão *Facebook vs Bundeskartellamt*, a autoridade italiana, *Autorita Garante per la Concorrenza e il Mercato*, que tem competência tanto em matéria de direito da concorrência quanto em matéria de direito do consumidor, condenou o Facebook por entender que a empresa infringiu o código de defesa do consumidor ao enganar os consumidores e compartilhar, sem consentimento expresso e prévio, os dados dos usuários do Facebook com sites/aplicativos de terceiros para fins comerciais e vice-versa. Conforme aduzem Wiedemann e Botta, a autoridade poderia ter fundamentado a decisão fazendo referência ao direito antitruste, mas não o fez<sup>45</sup>.

Há que se considerar que qualquer aplicação do direito da concorrência a questões relacionadas à proteção de dados pode enfrentar sérios problemas legais. Se as autoridades de proteção de dados e de defesa da concorrência tiverem, simultaneamente, a competência para avaliar os termos de privacidade das plataformas, isso pode causar insegurança jurídica e prejudicar uma interpretação uniforme das leis de proteção de dados.

Ainda, é importante considerar o princípio *non bis in idem*. Segundo o raciocínio adotado pela Autoridade Concorrencial Alemã, o

---

<sup>45</sup> BOTTA, Marco; WIEDEMANN, Klaus. **The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey.** Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0003603X19863590>>. Acesso em: 01 abr. 2022.

Facebook poderia ser considerado responsável por uma violação da lei de defesa da concorrência e de proteção de dados pessoais. É plenamente possível a hipótese de violação concomitante da LGPD e da Lei da Concorrência, ocasião em que o infrator poderá ser punido em ambas as esferas. Mas, para tanto, a autoridade teria de provar que os bens jurídicos protegidos em ambas as violações são diferentes. Desse modo, seria necessário demonstrar o dano à concorrência para além do interesse protegido pela lei de proteção de dados.

Confiar às autoridades de defesa da concorrência a investigação de abusos em setores que demandam elevado grau de especialização técnica, como o de proteção de dados pessoais, pode levar à identificação de falsos positivos. É preciso cuidado com o risco de caracterizar uma situação pró-competitiva como uma conduta abusiva, uma vez que isso pode prejudicar o bem-estar do consumidor e trazer resultados opostos aos objetivos perseguidos Direito da Concorrência. Daí a importância de analisar os efeitos pró-concorrenciais de determinada conduta, assim como a capacidade de eventuais remédios propostos efetivamente promoverem maior concorrência.

Ademais, os remédios oferecidos pelo Direito Concorrencial não são projetados para lidar com questões específicas de proteção de dados, ao contrário da regulação específica, qual seja, a LGPD. Portanto, a eficácia da aplicação de sanções no âmbito do Direito da Concorrência nesses casos é questionável. A intervenção do Direito Antitruste só se justifica na medida em que uma avaliação competitiva baseada em efeitos consiga demonstrar a natureza anticompetitiva da política de privacidade adotada, levando em conta, também, os possíveis benefícios e eficiências decorrentes da coleta de dados, como melhor qualidade e personalização.

## **6. Conclusão**

A análise feita no presente artigo demonstrou as fragilidades das tentativas de remediar falhas de mercado relacionadas à privacidade e assimetrias informacionais a partir do Direito Antitruste, apesar de ser inegável que o Direito Concorrencial tem um papel fundamental a desempenhar na garantia do bem-estar dos consumidores nos mercados digitais, o que, em última análise, pode significar também a garantia de mais privacidade.

Também não se nega que, de fato, as sobreposições substanciais entre essas áreas do direito exigem que as autoridades competentes coordenem e cooperem suas atividades, em vez de operar em silos

fechados. Contudo, não se pode olvidar que, apesar das razões de aproximação entre essas áreas, o Direito da Concorrência não é a solução para todos os problemas, e as políticas de defesa da concorrência, de proteção de dados e de defesa do consumidor apresentam lógicas próprias que devem ser observadas.

É preciso cautela para que o Direito Antitruste não passe a ser utilizado como ferramenta para tentar compensar a aplicação falha de outros institutos jurídicos, sob pena de comprometer a segurança jurídica e, conseqüentemente, a inovação e o bem-estar do consumidor. Ademais, enquanto se aguarda a evolução da compreensão acerca dos mercados digitais e dos impactos das novas regulações no setor, entende-se ser preferível a adoção de uma postura mais conservadora, haja vista que os custos de uma conduta erroneamente condenada podem vir a ser mais altos e prejudiciais do que os custos de um *overenforcement*.

## 7.Referências

ACQUISTI, Alessandro; TAYLOR, Curtis; WAGMAN, Liad. **The economics of privacy**. Disponível em: <<https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jel.54.2.442>>. Acesso em 12/05/2022

ALEMANHA. BUNDESKARTELLAMT. Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources, Press Release, 07/02/2019. Disponível em: <[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07\\_02\\_2019\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html)>. Acesso em: 25 mar. 2022.

ALEMANHA. Corte Federal de Justiça (Bundesgerichtshof – BGH). Decision of the Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof) of 23 June 2020 – Case No. KVR 69/19. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007/s40319-020-00991-2>>. Acesso em: 08 abr. 2022.

ARGENTINA. Resolución 492/2021 de 05/05/2021. Disponível em: <<https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/244442/20210517>>. Acesso em: 08 abr. 2022.

AUTORITA GARANTE PER LA CONCORRENZA E IL MERCATO (Itália). Facebook fined 10 million Euros by the ICA for unfair commercial practices for using its subscribers’ data for commercial purposes. Disponível em: <<https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2018/12/Facebook-fined-10-million-Euros-by-the-ICA-for-unfair->

commercial-practices-for-using-its-subscribers'-data-for-commercial-purposes>. Acesso em: 08 abr. 2022.

BARRETO, Alexandre; MAHON, Ana Luiza. **LGPD e Defesa da Concorrência: o caso Facebook.** Disponível em:<<https://noticias.uol.com.br/opiniaoc/coluna/2021/04/24/lgpd-e-defesa-da-concorrenca-o-caso-facebook.htm?cmpid=copiaecola>> Acesso em: 08 abr. 2022.

BLOOMBERG. Turkey starts antitrust investigation into WhatsApp, Facebook. Disponível em:<<https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-01-11/turkey-starts-antitrust-investigation-into-whatsapp-facebook-kjsgfexa>>. Acesso em: 08 abr. 2022.

BOTTA, Marco; WIEDEMANN, Klaus. **The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy: The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey.** Disponível em:<<https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/0003603X19863590>>. Acesso em: 01 abr. 2022.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08700.006373/2020-61. Nº SEI 0843320.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08700.000059/2021-55. BRASIL. Nº SEI 0894661.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração nº 08700.003969/2020-17. Nº SEI 0921675.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo nº 08700.001797/2022-09. Nota Técnica nº 13/2022/GAB-SG/SG/CADE. Nº SEI 1145253.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo nº 08700.001797/2022-09. Despacho Decisório nº 1/2023/Gab3/CADE. Nº SEI 1170709.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. (Ed.). Benchmarking internacional sobre as instituições de Defesa da Concorrência e de Proteção de Dados. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2021/Documento%20de%20Trabalho%20-%20Benchmarking->

internacional-Defesa-da-Concorrecia-e-Proteacao-de-dados.pdf> Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. (Ed.). Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos trabalhos especializados. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrecia-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2021.

BUNDESKARTELLAMT. Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources, Press Release, 07/02/2019. Disponível em: <[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07\\_02\\_2019\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html)>. Acesso em: 25 jun. 2020.

BUNDESKARTELLAMT. Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources, Press Release, 07/02/2019. Disponível em: <[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07\\_02\\_2019\\_Facebook.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html)>. Acesso em: 25 jun. 2020.

CHIRITA, Anca. **The Rise of Big Data and the Loss of Privacy**. In: BAKHOUM, Mor et. al. (Ed.). Personal data in competition, consumer protection and intellectual property law: Towards a holistic approach? MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, Springer, 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. Special Eurobarometer 431: Data Protection. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/public\\_opinion/archives/ebs/ebs\\_431\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_431_en.pdf)>. Acesso em: 08 abr. 2022.

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (Reino Unido). Final report: Completed acquisition by Facebook, Inc (now Meta Platforms, Inc) of Giphy, Inc. Disponível em: <[https://assets.publishing.service.gov.uk/media/61a64a618fa8f5037d67b7b5/Facebook\\_\\_Meta\\_\\_GIPHY\\_-\\_Final\\_Report\\_1221\\_.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/61a64a618fa8f5037d67b7b5/Facebook__Meta__GIPHY_-_Final_Report_1221_.pdf)> Acesso em: 20 ago. 2021.

EUROPE. CENTRE ON REGULATION IN EUROPE (CERRE). The European Proposal for a Digital Markets Act – a first assessment, 2021, p. 22.

FTC. Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour, in the matter of Google/DoubleClick, FTC File n. 071-0170.GERADIN, Damien; KUSCHEWSKY, Monica. Competition Law

and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue. 2013. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2216088](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088)>. Acesso em: 10 jun. 2020.

GREAF, Inge. Data as Essential Facility: Competition and Innovation on Online Platforms. Tese (Doutora-do), KU Leuven, 2016. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/34662689.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

KATZ, Michael L.; SHAPIRO, Carl. **Network externalities, competition and compatibility**. The American economic review, v. 75, n. 3, 1985.

MACEDO, Alexandre Cordeiro. **Some thoughts about the Intersection between Data Protection and Competition Law: A View from Brazil**. Journal of Antitrust Enforcement, v. 9, n. 2, jun. 2021, p. 197–202.

MATIUZZO, Marcela. Becker, Bruno. **Plataformas Digitais e a Superação do Antitruste Tradicional**. Defesa da Concorrência em Plataformas digitais. FGV Direito. São Paulo, Brasil. 2020.

MENKE, Fabiano. **As Origens Alemãs e o Significado da Autodeterminação Informativa**, in: MENKE, Fabiano; DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Lei Geral de Proteção de Dados. Aspectos Relevantes, Indaiatuba: Editora FOCO, 2021.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil**. Rio de Janeiro: Ren-ovar, 2010.

NEWMAN, John M. **Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations**. University of Pennsylvania Law Review, v. 164, 2015.

OCDE (Org.). **Quality Considerations in Digital Zero-Price Markets**. November 2018. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)14/en/pdf)>. Acesso em: 3 mar. 2019.

OHLHAUSEN, Maureen K.; OKULIAR, Alexander. **Competition, consumer protection and the right (approach) to privacy**. Antitrust Law Journal, 6 fev. 2015, p. 36. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2561563>. Acesso em: 9 maio 2020.

REUTERS. **India antitrust watchdog orders probe into WhatsApp's new privacy policy**. Disponível em: <<https://www.reuters.com/article/us-india-facebook-whatsapp-idUSKBN2BG1Y2>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

SRNICEK, Nick. **Platform capitalism**. Cambridge: Polity Press, 2017.

STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big Data and Competition Policy**. 2016. p. 8. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/308970973\\_Big\\_Data\\_and\\_Competition\\_Policy](https://www.researchgate.net/publication/308970973_Big_Data_and_Competition_Policy)>. Acesso em: 14 out. 2020.

SWIRE, Peter. Protecting Consumers: **Privacy Matters in Antitrust Analysis**. 2007. Disponível em: <<https://www.americanprogress.org/issues/economy/news/2007/10/19/3564/protecting-consumersprivacymatters-in-antitrust-analysis/>>. Acesso em: 08 mar. 2019.

THE ECONOMIST. **The world's most valuable resource is no longer oil, but data**. 2017. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>>. Acesso em: 10 out. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act). Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=COM%3A2020%3A842%3AFIN>>. Acesso em: 08 abr. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Digital Market Act (DMA). 2022. Disponível em: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip\\_20\\_2347](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2347). Acesso em: 02.07.2022

VESTAGER, Margrethe. **Competition in a big data world**. 2016. Disponível em: <[https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-dataworld\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-dataworld_en)>. Acesso em: 04 out. 2020.

## 5. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E ANTITRUSTE: UM CASO PRÁTICO

### 5. ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND ANTITRUST: A PRACTICAL CASE

*Jéssica de Araújo Silva Caieiro*

**Resumo:** Esse artigo busca vislumbrar a aplicabilidade de técnicas da ciência de dados à prática do direito concorrencial, apresentando um caso prático. Foi construído, em caráter experimental, um modelo preditivo para detectar a possibilidade de o CADE emitir declaração de complexidade em atos de concentração. O artigo traz uma breve análise da relação entre as técnicas de inteligência artificial e antitruste e detalha o processo e metodologia da construção de uma solução baseada em dados a partir deste modelo, bem como seus resultados e limitações.

**Palavras-chave:** defesa da concorrência, ciência de dados, modelagem preditiva, inteligência artificial, declaração de complexidade.

**Abstract:** This article seeks to glimpse the applicability of data science to the activity of antitrust practitioners, presenting a practical case. A predictive model was built on an experimental basis to detect the possibility of CADE issuing a complexity declaration in merger cases. The article provides a brief analysis of the relationship between artificial intelligence and antitrust techniques and describes the process and methodology of building a data-driven solution from this model, as well as its results and limitations.

**Keywords:** competition policy, data science, predictive modeling, artificial intelligence, complexity declaration.

### 1. Introdução

O desenvolvimento de capacidade computacional ocorrido nas décadas mais recentes possibilitou a introdução de uma vastidão de inovações baseadas em complexos modelos matemáticos. Tais tecnologias gestadas no âmbito virtual transbordaram seus efeitos à realidade concreta, transformando profundamente diversas esferas das sociedades globais. Nesse contexto, novos mercados e modelos de negócio emergiram, os já

existentes buscaram se adaptar às mudanças comportamentais decorrentes da era da informação e o grande volume de dados processados pelas empresas se tornou cada vez mais relevante pelo potencial extraordinário de geração de valor.

*Big data* e algoritmos de inteligência artificial (IA) são tópicos largamente abordados na discussão acerca da prática das empresas na investigação de condutas<sup>1</sup>, mas a visão de como essas tecnologias abarcadas pela ciência de dados podem auxiliar o antitruste ainda é incipiente, sobretudo na prática jurídico-econômica na dimensão do controle de estruturas. Pode-se dizer que a sinergia entre IA e antitruste assume essas duas esferas: da aplicação do antitruste à IA e da IA aplicada ao antitruste, sendo a primeira mais profícua em termos de pesquisa atualmente<sup>2</sup>.

Apesar de haver aplicações de IA pelas autoridades concorrenciais, inclusive no Brasil, notadamente em detecção de cartéis em licitações<sup>3</sup>, o espaço de utilização de ferramentas estatísticas e computacionais aplicados ao antitruste, todavia, ainda é pouco explorado. Esse artigo busca vislumbrar e ensejar a aplicabilidade de tais técnicas ao direito concorrencial, apresentando um caso prático. Foi construído, como projeto experimental, um modelo preditivo para detectar a possibilidade de um ato de concentração ser declarado complexo pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) com base nos textos dos formulários de notificação. Tal modelo se justifica pela importância da previsibilidade da condução dos casos pela autoridade, auxiliando a tomada de decisão das partes de interesse.

---

<sup>1</sup> EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. E. Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures. **OECD Roundtable on Algorithms and Collusion**. OECD: Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, p. 34, 2017.

<sup>2</sup> ELIOT, Lance. Antitrust and Artificial Intelligence (AAI): Antitrust Vigilance Lifecycle and AI Legal Reasoning Autonomy, **CodeX: Stanford Center for Legal Informatics Stanford**, California, USA, p. 1, 2020.

<sup>3</sup> A SG/Cade criou, em 2013, o Projeto Cérebro, que consiste no desenvolvimento de técnicas e metodologias para detecção de cartéis a partir do uso de bases de dados sobre licitações públicas. Trata-se de uma estratégia proativa de investigação, que utiliza ferramentas de mineração de dados, testes estatísticos e algoritmos para permitir a identificação de indícios de atuação coordenada em compras públicas. Disponível em:

[https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/6495/3/Mod%203\\_Repress%c3%a3o%20a%20Cart%c3%a9is.pdf](https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/6495/3/Mod%203_Repress%c3%a3o%20a%20Cart%c3%a9is.pdf). Acesso em 18/08/2022.

A declaração de complexidade é um mecanismo previsto no artigo 56 da lei 12.529/2011 que permite a condução de diligências adicionais para obtenção de maiores informações sobre os mercados afetados pela operação em análise e seus riscos, além de possibilitar a dilação do prazo de conclusão da análise pela autoridade. Dispor de uma ferramenta que indique a probabilidade de uma decisão de tamanho impacto no decurso da apreciação da operação pelo CADE, que normalmente é um passo da avaliação da possibilidade de aplicação de remédios<sup>4</sup>, pode melhor preparar as requerentes para uma instrução complementar, ou até mesmo evitar a declaração pelo fornecimento antecipado de informações mais detalhadas ou a proposição antecipada de remédios.

O modelo apresentado foi desenvolvido em linguagem de programação *Python* e baseado em processamento de linguagem natural (PLN), campo oriundo da junção entre a ciência da computação, a IA e a linguística, que ao traduzir a linguagem humana à de máquina, permite o uso de dados não-estruturados<sup>5</sup> como insumo para análises. Utilizando uma base composta por cerca de 1.200 documentos textuais de formulários de notificação de casos de 2015 a 2020, foi possível treinar algoritmos de aprendizado de máquina (*machine learning - ML*) de classificação, ou seja, fazer com que os algoritmos aprendam com os dados, reconhecendo padrões, e selecionar o de melhor capacidade preditiva para aplicação. Foram treinados os métodos SVM com kernel de base radial, Árvore de Decisão, Floresta Aleatória e, por fim, as combinações destes modelos (comitê de máquinas).

Antes de apresentar o processo de construção do modelo e seus resultados, o artigo trará uma breve discussão sobre a intersecção da IA e do antitruste. Dessa forma, este está estruturado em outras cinco seções, além desta introdução. A segunda seção trará uma breve discussão sobre o desenvolvimento de uma solução baseada em dados, a terceira abordará a metodologia utilizada, a quarta, os resultados do modelo construído, a quinta, as limitações existentes na aplicação do modelo desenvolvido e, por fim, a sexta trará as conclusões sobre a solução desenvolvida e as

---

<sup>4</sup> MUNHOZ, João R.; CRUVINEL, Renan.; RUFINO, Victor. Brazilian antitrust policy for multi-sided digital platforms: recent developments. **The Future of Antitrust, IBRAC**, p. 151, 2020.

<sup>5</sup> Dados não estruturados são informações não rotuladas, ou seja, que não possuem um modelo de dados predefinido ou não estão organizados de forma predefinida, como numa tabela.

possibilidades de incorporação de soluções baseadas em dados à análise antitruste.

## 2. Inteligência artificial e antitruste: da academia à prática

Inteligência artificial é, segundo um dos pioneiros neste campo de pesquisa, John McCarthy, “a ciência e a engenharia de criar máquinas inteligentes, especialmente programas de computador inteligentes”<sup>6</sup>. Vários subdomínios se formaram dentro de IA, como representação de conhecimento, racionalização, planejamento, aprendizado de máquinas, reconhecimento de padrão, inferência, visualização, processamento de linguagem natural<sup>7</sup>. Em aprendizado de máquinas (*machine learning - ML*), os conceitos são antigos e largamente consolidados, apesar da novidade do termo.

Apesar da existência de longa data dos métodos matemáticos, estatísticos e computacionais utilizados nos mais diversos contextos de negócios atualmente, a ciência de dados como disciplina passou a ser reconhecida apenas no início dos anos 2000 por periódicos especializados. Tukey (1962)<sup>8</sup> clamou pela reforma da estatística acadêmica, apontando para a existência de uma ciência ainda não conhecida cujo tema de interesse era aprender com dados. Apenas cerca de 30 anos depois, estatísticos que desenvolveram trabalhos seminais ao que viria a ser a ciência de dados, contribuindo à criação e desenvolvimento de sistemas computacionais ambientes para análise de dados, fizeram coro à Tukey, conclamando que estatísticas acadêmicas expandissem seus limites além do domínio clássico da estatística teórica<sup>9</sup>.

Dunoho (2017)<sup>10</sup> descreve o atual estado da ciência de dados como um superconjunto dos campos de estatística e aprendizado de máquina, combinados a tecnologias computacionais para "escalar" para "big data",

---

<sup>6</sup> MCCARTHY, J. **What Is Artificial Intelligence?** Computer Science Department Stanford University, p.2, 2007. Disponível em: <http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf>

<sup>7</sup> WANG, Pei. On defining artificial intelligence. **Journal of Artificial General Intelligence**, v. 10, n. 2, p. 7, 2019.

<sup>8</sup> TUKEY, John W. The future of data analysis. **The annals of mathematical statistics**, v. 33, n. 1, p. 1-67, 1962.

<sup>9</sup> DONOHO, David. 50 years of data science. **Journal of Computational and Graphical Statistics**, v. 26, n. 4, p. 745, 2017.

<sup>10</sup> DONOHO, David. 50 years of data science. **Journal of Computational and Graphical Statistics**, v. 26, n. 4, p. 745-766, 2017.

sendo motivado por desenvolvimentos comerciais. Essa escolha de enquadramento é uma visão estreita, segundo o autor, que não permite avistar o potencial intelectual que a ciência de dados carrega ao possibilitar uma ampliação escalar dos estudos científicos baseados em evidência em todos os campos da ciência.

Dentro do contexto do antitruste, já é possível notar aplicações de IA permeando o fluxo da análise de dados na pesquisa. Deng (2018) traz alguns exemplos de possíveis aplicações: a utilização de técnicas de aprendizado supervisionado para classificação de documentos relevantes em um processo legal, a detecção de cartel via aprendizado não-supervisionado<sup>11</sup> e a modelagem de preços de um produto com base em regressões, entre outros. Affeldt (2019) testa a performance preditiva de modelos de aprendizado de máquinas não-paramétricos<sup>12</sup> de floresta aleatória em comparação com modelos lineares para avaliar a previsibilidade do órgão antitruste europeu na análise de fusões e aquisições. Com um caráter mais aplicado, Huber e Imhof (2019) usam comparativamente dois algoritmos de ML para prever a prática de cartel em licitações. Chang et al (2020) implementam técnicas avançadas de visualização de dados por modelagem de tópicos em duas áreas do antitruste: poder de mercado e o equilíbrio entre antitruste e regulação, para explicitar como processamento algorítmico pode transformar a pesquisa jurídica.

Mais recentemente, é possível notar um movimento das autoridades de defesa da concorrência em incorporar os ferramentais estatísticos e computacionais, buscando aprimorar suas análises e investigações. Dentre as iniciativas empregadas nesse sentido, em 2021 foi criado o projeto *Computational Antitrust*, dirigido pelo *CodeX Center* da Universidade de Stanford, nos Estados Unidos. O projeto, que conta com o apoio de diversas autoridades, inclusive do CADE, tem como foco a publicação de artigos e a realização de workshops que interseccionem antitruste e técnicas computacionais.

---

<sup>11</sup> Aprendizado de máquina não-supervisionado é um conjunto de ferramentas estatísticas utilizado para se extrair informações relevantes do conjunto de dados sem que haja uma variável dependente a ser predita. (JAMES et al., p. 373, 2013)

<sup>12</sup> Aprendizado de máquina não-paramétrico é um conjunto de métodos em que não se assume explicitamente suposições sobre a forma da função de mapeamento – em métodos paramétricos, assume-se que a função que melhor se adequa ao conjunto de dados de interesse é linear, quando se aplica uma regressão linear, por exemplo – sendo livres para aprender qualquer forma funcional a partir dos dados de treinamento (JAMES et al., p. 23, 2013)

O modelo objeto deste artigo apresenta uma possibilidade de aplicação de técnicas abarcadas pela ciência de dados no contexto de negócios que envolvem antitruste, tão ou até mais incipiente quanto a aplicação no campo acadêmico, especialmente no Brasil.

### 3. Processo de construção habitual de solução baseada em dados

O modelo preditivo para declaração de complexidade em ACs pela Superintendência Geral do Cade foi construído em caráter experimental. Esta seção visa detalhar o *pipeline* habitual de construção de uma solução baseada em dados, ilustrado na figura abaixo.

**Figura 1 – Pipeline de solução baseada em dados**



Fonte e elaboração próprias.

O *pipeline* explicita a importância da engenharia e análise de dados que vem antes da modelagem, apesar de esta ser o *core* da solução aqui apresentada. Para se extrair qualquer valor dos dados, estes precisam ser devidamente coletados, polidos e explorados com uma motivação bem definida ao início. Outro ponto relevante é que tal processo não é necessariamente linear, o que é representado pelas setas ao longo das etapas. É possível haver retornos a etapas posteriores para redesenho destas, caso se identifique a necessidade. Essa flexibilidade permite a otimização de recursos humanos e computacionais, mitigando desperdícios pela existência de indefinições ao longo do processo.

Considerando a revisão da literatura anterior como parte da primeira etapa do *pipeline* do desenvolvimento da solução escopo deste artigo, as próximas subseções abordarão em detalhe o trabalho de

extração e pré-processamento de dados, e por fim, a modelagem. As conclusões do modelo serão tratadas nas seções seguintes.

### 3.1. Extração e organização dos dados

Para poder construir a base de dados, composta pelo conteúdo dos documentos dos atos de concentração, foram construídos um *crawler* – algoritmo indexador que coleta endereços das páginas da web – e um *scraper* – algoritmo que “raspa” os conteúdos das páginas da web de forma automatizada – para percorrer um grande volume de resultados de busca processuais na página de busca avançada do SEI CADE e coletar os conteúdos dos documentos presentes na árvore resumida, os principais documentos do caso (i.e. formulário de notificação, despachos, notas técnicas e votos). No entanto, para que a coleta fosse possível, foi utilizada a plataforma CADE em Números<sup>13</sup>, que permitiu extração da listagem dos números dos processos que serviram de *input* para a busca automatizada realizada pelo *scraper*<sup>14</sup>. Essa ferramenta, junto a outras iniciativas mais recentes da autarquia<sup>15</sup> demonstram a preocupação desta com a importância de estar à dianteira não só no uso interno das técnicas computacionais, bem como no fornecimento de instrumentos que permitam ganhos de eficiência ao funcionamento do sistema de defesa da concorrência como um todo, indo ao encontro do propósito desse artigo<sup>16</sup>.

Com a base pronta, outros algoritmos foram implementados a fim de extrair mais de informações imediatas sobre os documentos e realizar um pré-processamento, preparando os textos para serem interpretados pelos modelos. Isso porque é necessário abstrair e estruturar a língua, deixando apenas as partes dos textos que realmente carregam significado para possibilitar que a máquina entenda as relações entre os componentes

---

13

<http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>

<sup>14</sup> O algoritmo percorria a lista de números dos ACs, buscava cada número na Busca Avançada de ACs e extraía seus principais documentos da árvore resumida.

<sup>15</sup> Como a plataforma de busca de jurisprudência, que se utiliza de técnicas de processamento de linguagem natural.

<sup>16</sup> Futuramente, com as novas ferramentas que desenvolvidas pela equipe técnica do CADE, os processos aqui descritos de engenharia de dados podem se tornar significativamente mais eficientes, reduzindo as limitações descritas na penúltima seção.

da linguagem. Reduziu-se os textos a *tokens*, unidades sentenciais e lexicais, para tornar possível os processamentos descritos em sequência.

**Figura 2: Exibição da base de documentos dos ACs pré-processada**

	N_processo	texto_doc	complexo	doc_n_words	doc_n_chars	doc_clean_no_stop	doc_tokens
0	08700.005093/2016-59	versão de acesso restrito ao cade anexo...	0	72155	403833	anexo i n 22012 formulário procedimento não...	anexo i n formulário procedimento não-sumário e...
1	08700.001033/2017-48	versão pública resoluç...	0	35493	200059	2 29 maio 2012 administrativo defesa econômi...	maio administrativo defesa econômica anexo i p...
2	08700.007629/2016-71	versão pública formulário procedimento nãousu...	1	26648	144562	formulário procedimento não-sumário anexo i ins...	formulário procedimento não-sumário anexo i ins...
3	08700.002275/2018-30	a d v o g a d o s versão pública ...	0	8728	46545	d g d s 2 29 maio 2012 administrativo defesa e ...	d g d s maio administrativo defesa econômica a...
4	08700.004030/2018-47	versão pública anexo i resolução do...	0	22053	124311	anexo i 2 29 maio 2012 etapa i descrição i apr...	anexo i maio etapa i descrição i apresentar re...
...	...	...	...	...	...	...	...

Fonte e elaboração próprias

### 3.2. *Processamento de Linguagem Natural*

O PLN, profícuo campo da IA, incorpora técnicas diversas para interpretar a linguagem humana, desde métodos estatísticos e de *ML* a abordagens algorítmicas e baseadas em regras, como: extração contextual, que extrai automaticamente informações estruturadas de fontes textuais; análise de sentimento, que identifica o humor ou opiniões subjetivas em grandes quantidades de texto; sumarização, que produz resumos de grandes corpos de texto automaticamente e descoberta e modelagem de tópicos, que captura com precisão o significado e os temas presentes em conjuntos de texto. Esta última técnica foi a utilizada no problema em questão. Como não foi possível partir de um conjunto de dados com variáveis definidas, que sirvam de preditoras para treinar modelos de classificação, a modelagem de tópicos permite que estas sejam obtidas de forma automática por meio de aplicação de modelagem estatística que reduz a dimensionalidade dos textos analisados ao aplicar um modelo não-supervisionado – dimensão do campo de *ML* em que se busca identificar grupos ou padrões a partir dos dados sem um objetivo específico a ser alcançado, ao contrário da aprendizagem supervisionada, que possui uma variável alvo a ser descoberta.

A modelagem de tópicos é um processo semelhante a clusterização – outra técnica de aprendizagem não-supervisionada, mas que interpreta dados numéricos, agrupando as *n* observações de um conjunto de dados em diferentes grupos ou *clusters* pela proximidade entre as variáveis, que ao invés de número de clusters, se obtém o número de tópicos presentes no conjunto de documentos. Esta técnica permite extrair

variáveis latentes que explicam por que algumas partes dos dados são semelhantes, revelando a estrutura semântica oculta nos documentos com base na probabilidade de co-ocorrência de palavras<sup>17</sup>. Dessa forma, é possível transformar o texto bruto em variáveis numéricas, interpretáveis pelos modelos probabilísticos.

O modelo *Latent Dirichlet Allocation* (LDA)<sup>18</sup> foi o escolhido para descoberta dos tópicos. Ele assume que os documentos analisados são formados pela agregação de um determinado conjunto de tópicos, que por sua vez são formados por um determinado conjunto de palavras, um vocabulário fixo. Também assume que os tópicos são definidos previamente à construção do documento, então a estrutura de tópicos de uma coleção é obtida por inferência a partir da inversão daquele processo. Todos os tópicos contêm distribuições com probabilidades sobre todo o vocabulário fixo, mas essas probabilidades só assumirão valores mais altos nos termos que caracterizam o tópico. Formalmente, o processo generativo do LDA sob a forma de uma distribuição conjunta das variáveis aleatórias observadas e ocultas corresponde a seguinte notação:

$$P(W, Z, \theta, \varphi; \alpha, \beta) = \prod_{j=1}^M P(\theta_j; \alpha) \prod_{i=1}^K P(\varphi_i; \beta) \prod_{t=1}^N P(Z_{j,t} | \theta_j) P(W_{j,t} | \varphi_{Z_{j,t}})$$

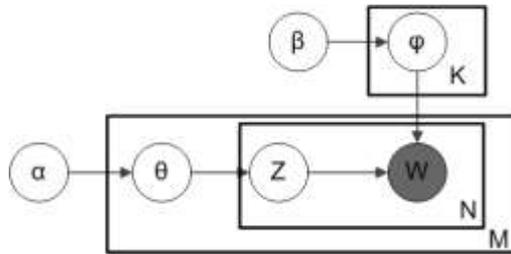
Então, para uma quantidade  $M$  de documentos, cada um é composto por  $N$  palavras, que passam pela caixa preta do modelo, gerando  $K$  tópicos. A figura X abaixo é uma representação gráfica do LDA, chamada de notação de placa, que explicita as dependências entre as muitas variáveis de forma sucinta. Os retângulos são "placas" representando as variáveis que se repetem. A placa externa são os documentos, enquanto a interna são as posições repetidas das palavras em um determinado documento; cada posição está associada a uma escolha de tópico e palavra.  $W_{j,t}$  são as únicas variáveis observáveis, representadas pelo sombreado na figura, enquanto as outras variáveis, sem o sombreado, são as não observáveis ou variáveis latentes.

---

<sup>17</sup> Formalmente, este é um problema de inferência bayesiana, que consiste na validação de hipóteses por verossimilhança a partir do Teorema de Bayes.

<sup>18</sup> BLEI, David M. Probabilistic topic models. **Communications of the ACM**, v. 55, n. 4, p. 77-84, 2012. Chawla et al. (2002).

**Figura 3 – Notação de placas do modelo LDA**



Fonte: Adaptação de Blei (2012).

Aplicando os algoritmos que calculam o modelo LDA, todo o *corpus* de documentos que compunham a base de dados anteriormente se reduz a uma base com as variáveis sendo a probabilidade de determinado documento conter determinado tópico, como ilustrado a seguir, na figura 4. Desta forma, os dados estão prontos para serem passados para treinamento de modelos preditivos.

**Figura 4 – Base pré-processada**

complexo	doc_n_words	doc_n_chars	0	1	2	3	4	5	6	...	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99	
0	0	72155	403833	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	...	0.120418	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
1	0	35493	200059	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	...	0.000000	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
2	1	26648	144562	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	...	0.000000	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
3	0	8728	46545	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	...	0.000000	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
4	0	22053	124311	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	...	0.000000	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0	0.0
...	...	...	...	...	...	...	...	...	...	...	...	...	...	...	...	...	...	...	...	...	...

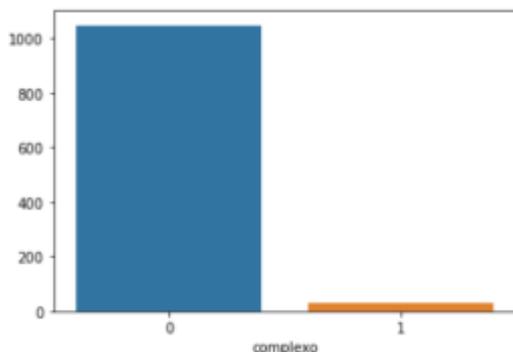
Fonte e elaboração próprias

### 3.3. Distribuição desbalanceada de dados e o paradoxo da acurácia

Há, no entanto, uma questão, muitas vezes inerente aos processos que geram dados, que deve ser contornada antes da construção de modelos: a baixa incidência da classe de interesse no conjunto de dados. Vê-se classes desbalanceadas em casos de diagnósticos médicos, quando diagnósticos positivos para anomalias são consideravelmente menos frequentes que a não presença da anomalia, ou em detecção de fraudes em transações financeiras, cuja frequência de fraude também é significativamente inferior ao número de transações verdadeiras. No

estudo em questão, a declaração de complexidade pode ser considerada um evento raro, estando presente em apenas em aproximadamente 3% do conjunto de dados utilizado, resultando num desbalanceamento dos dados e numa certa dificuldade em se prever satisfatoriamente a classe de interesse.

**Figura 5 – Visualização da proporção de casos declarados complexos**



Fonte e elaboração próprias.

A probabilidade elevada de se obter a classe de maior incidência no conjunto de dados gera modelos de alta acurácia, mas que falham substancialmente em realizar previsões significativas por tender a classificar os novos dados como sendo da classe majoritária, levando a um modelo com alto viés. À tal situação, dá-se o nome de paradoxo da acurácia. É necessário, dessa forma, analisar outras métricas de desempenho em conjunto com a acurácia para se aferir a qualidade da previsão de um modelo, como será apresentado a diante.

Para lidar com dados desbalanceados, existem algumas abordagens que envolvem desde reamostragens (*sampling*) a construção de algoritmos como *Recognition-based Learning* e *Cost-sensitive Learning*<sup>19</sup>. As técnicas de reamostragem são mais comumente utilizadas e consistem em alterar a distribuição original das classes no conjunto de dados. Isso pode ser feito aumentando o número de observações da classe minoritária pela replicação destas – *oversampling* – ou diminuindo as da classe majoritária pela retirada destas – *undersampling*.

---

<sup>19</sup> NGUYEN, Giang Hoang; BOUZERDOUM, Abdesselam; PHUNG, Son Lam. Learning pattern classification tasks with imbalanced data sets. **Pattern recognition**, p. 193-208, 2009.

Ao invés de se retirar ou replicar dados aleatoriamente, existem métodos avançados de *sampling* nos quais essas abordagens são executadas de forma adaptativa, podendo, inclusive, serem combinadas. Um método amplamente citado na literatura é o *Synthetic Minority Oversampling Technique* (SMOTE) de Chawla et al. (2002)<sup>20</sup>, bem como suas diversas variações. Sua abordagem consiste em gerar casos sintéticos para a classe de interesse a partir dos dados já existentes ao invés de replicá-los. Os novos dados são gerados na vizinhança de cada caso da classe minoritária com o intuito de se crescer o espaço de decisão desta classe e aumentar o poder de generalização dos classificadores obtidos.

Ao conjunto de dados em questão, utilizou-se uma variação do SMOTE que incorpora uma *support vector machine* (SVM)<sup>21</sup>, algoritmo de *ML*, que pode ser aplicado a problemas de regressão e classificação, que extrapola a relação linear entre as variáveis, buscando uma fronteira de separação entre as classes por meio de um hiperplano<sup>22</sup> entre os dados. Assim, os dados sintéticos são criados aleatoriamente ao longo das linhas que unem cada vetor de suporte da classe minoritária com vários de seus vizinhos mais próximos.

### 3.4 Modelagem Preditiva

Com os dados balanceados, passa-se então para o treinamento de modelos preditivos, utilizando 90% do conjunto original. Os 10% restantes são usados posteriormente, na validação, para identificar se os modelos conseguem prever de forma satisfatória as classes de novos dados. Na análise exploratória inicial da distribuição dos dados, além da questão do desbalanceamento, também foi possível identificar a falta de uma separação linear dos dados, indicativo de que modelos mais simples, como uma regressão logística, não performariam tão bem. Isso porque tais modelos produzem uma variedade mais restrita de funções de mapeamento – aquela que melhor se aproxima da função ideal. É o que se chama de

---

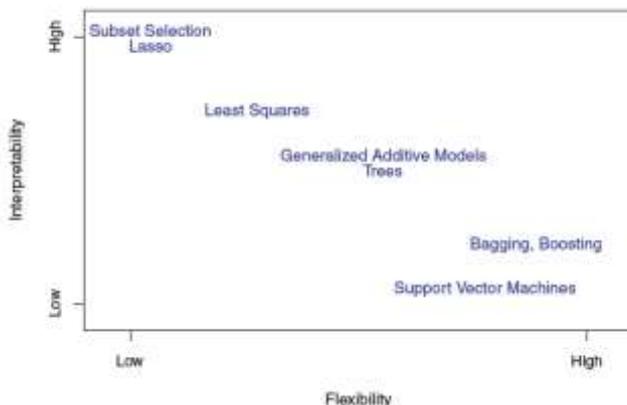
<sup>20</sup> CHAWLA, Nitesh V. et al. SMOTE: synthetic minority over-sampling technique. **Journal of artificial intelligence research**, v. 16, p. 321-357, 2002.

<sup>21</sup> NGUYEN, Hien M.; COOPER, Eric W.; KAMEI, Katsuari. Borderline over-sampling for imbalanced data classification. **International Journal of Knowledge Engineering and Soft Data Paradigms**, v. 3, n. 1, p. 4-21, 2011.

<sup>22</sup> Na geometria, hiperplano é a generalização de um espaço afim em diferentes números de dimensões.

*trade-off* entre acurácia da previsão e flexibilidade dos modelos<sup>23</sup>. Ressalta-se, então, a importância de uma análise descritiva prévia para identificação das características do conjunto de dados, bem como do conhecimento sobre o processo gerador destes.

**Figura 6 – Representação do *trade-off* entre flexibilidade e interpretabilidade, usando diferentes métodos de aprendizagem estatística**



Fonte: James et al. (2013)<sup>24</sup>

Modelos mais flexíveis foram escolhidos para treinamento. Foram treinados os métodos SVM com kernel de base radial, Árvore de Decisão, Floresta Aleatória e, por fim, as combinações destes modelos (comitê de máquinas), descritos de forma sintética abaixo. A comparação de diferentes métodos se faz necessária por haver variabilidade de performance entre os métodos a depender do tamanho do conjunto de dados de treinamento, do número de variáveis presentes, e do tempo necessário para treinamento.

---

<sup>23</sup> Maior flexibilidade além de possibilitar maior acurácia, também implica menor interpretabilidade do modelo, o que significa que não é imediato compreender as relações que o algoritmo capturou entre as variáveis para prever a variável resposta. Na modelagem preditiva, por vezes renuncia-se à interpretabilidade, pois o objetivo maior é prever com a melhor performance possível em detrimento da inferência. (JAMES et al., 2013, p. 25).

<sup>24</sup> JAMES, Gareth et al. **An introduction to statistical learning**. New York: springer, 2013.

Uma máquina de vetores de suporte (SVM)<sup>25</sup>, como já mencionado anteriormente, busca prever as classes de um conjunto de dados de treinamento a partir da construção de uma fronteira linear de separação entre elas e da maximização da margem entre a fronteira e os pontos mais próximos dela em cada classe. O SVM com *kernel* de base radial ou gaussiano permite a aplicação do algoritmo a dados não linearmente separáveis, através do mapeamento para um espaço de maior dimensão. Um *kernel* é uma função que recebe dois pontos  $x_i$  e  $x_j$  do espaço de entrada e calcula o produto escalar  $\varphi^T(x_i) \cdot \varphi(x_j)$  no espaço de características. SVM é um método capaz de lidar bem com *outliers* e classificações sobrepostas.

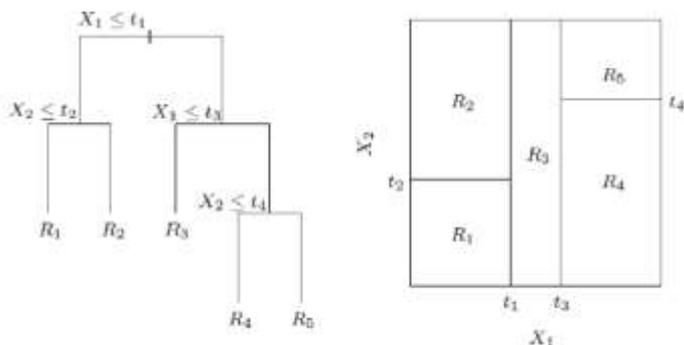
O método de Árvores de Decisão<sup>26</sup> em problemas de classificação baseia-se na sucessiva divisão do conjunto de dados utilizados para treinamento em vários subconjuntos, até cada um deles pertencer a uma mesma classe ou até uma das classes ser majoritária, não havendo a necessidade de prosseguir com novas divisões ou ramificações. A figura abaixo ilustra uma árvore de classificação  $T$  e a divisão do espaço das preditoras nas regiões correspondentes. Cada nó não-terminal de  $T$  define uma divisão em uma das preditoras. Cada folha de  $T$  corresponde a uma região retangular  $R_j$ . Uma vez determinada a região  $R_j$  a qual  $x$  pertence, este exemplar é classificado como sendo da classe mais frequente entre os dados de treinamento pertencentes à mesma região  $R_j$ . Árvores de Decisão permitem uma exploração de relações não-lineares e interações entre muitas variáveis explicativas.

---

<sup>25</sup> SMOLA, Alex J.; SCHÖLKOPF, Bernhard. A tutorial on support vector regression. **Statistics and computing**, v. 14, n. 3, p. 199-222, 2004.

<sup>26</sup> BREIMAN, Leo; IHAKA, Ross. **Nonlinear discriminant analysis via scaling and ACE**. Department of Statistics, University of California, 1984.

**Figura 7 – Esquemática de uma árvore de decisão**



Fonte: James et al. (2013), elaboração própria.

Já o método de Floresta Aleatória<sup>27</sup> é uma combinação de árvores de decisão. Por *bootstrap*, método de reamostragem onde as amostras selecionadas podem ser repetidas na seleção, é construída a primeira árvore, utilizando apenas uma parte do conjunto de treinamento. Em seguida, define-se o nó inicial (nó raiz), que será a primeira condição verificada, resultando nos dois primeiros ramos. Utilizando o algoritmo de entropia ou o índice Gini<sup>28</sup>, escolhe-se a melhor variável para compô-lo. O algoritmo escolhe de maneira aleatória duas ou mais variáveis, e então realiza os cálculos com base nas amostras selecionadas, para definir qual dessas variáveis será utilizada. Para escolha da variável do próximo nó, repete-se o processo excluindo as já selecionadas anteriormente, e assim sucessivamente, até o último nó. Repete-se o processo para as próximas árvores. Quanto mais árvores criadas, melhor serão os resultados do modelo até determinado ponto, onde uma nova árvore não conseguirá levar a uma melhora significativa no desempenho do modelo. Para treinar

<sup>27</sup> BREIMAN, Leo. Random forests. **Machine learning**, v. 45, n. 1, p. 5-32, 2001.

<sup>28</sup> Entropia é o cálculo do ganho de informação baseado em uma medida utilizada na teoria da informação, que permite aferir a falta de homogeneidade dos dados de entrada em relação a sua classificação. Já o índice de Gini, desenvolvido por Conrado Gini em 1912, mede o grau de heterogeneidade dos dados e pode ser utilizado para medir a impureza de um nó.

adequadamente o modelo de Floresta Aleatória, deve-se encontrar esse número ótimo de árvores e utilizá-lo como hiperparâmetro<sup>29</sup>.

Por fim, um algoritmo que possibilita a combinação de diversos métodos também foi treinado. Embora os modelos testados anteriormente sejam conhecidos pela alta capacidade preditiva, muitas vezes não é possível obter os resultados ótimos de classificação, seja devido à quantidade de dados de entrada, que pode levar a um *overfitting*<sup>30</sup>, à limitação de recursos computacionais ou a complexa sintonia fina de parametrização. Para tentar melhorar o desempenho dessas técnicas é possível unir as descobertas de cada classificador passado no Classificador de Votação, um método de Comitê de Máquinas<sup>31</sup> e prevê a classe de saída com base na maior maioria dos votos.

#### 4. Resultados

Para avaliar os resultados, existem métricas além da acurácia. Apesar da facilidade de calculá-la, se ater somente a ela não é uma boa prática por não permitir identificar se a classe de interesse está sendo prevista com adequadamente. É preciso ter confiança de que os padrões extraídos dos dados são verdadeiras regularidades e não apenas refletem idiosincrasias ou anomalias da amostra utilizada. Assim, em problemas de classificação, sensibilidade (ou *recall*), especificidade, precisão, e *f1-score* também permitem a avaliação dos modelos treinados. Para escolher as métricas mais adequadas, é necessário definir qual tipo de erro é mais custoso ao problema em questão: falso negativo – entradas classificadas como não sendo da classe de interesse quando na realidade o são – ou falso positivo – entradas classificadas como sendo da classe de interesse quando na realidade não o são.

---

<sup>29</sup> Hiperparâmetros são coeficientes internos ou pesos para o modelo encontrados pelo algoritmo. Ao contrário dos parâmetros, hiperparâmetros são especificados pelo desenvolvedor ao configurar o modelo.

<sup>30</sup> Sobreajuste ocorre quando o modelo se ajusta muito bem aos dados de treinamento, mas falha em prever novas entradas de dados. São modelos de baixo viés e alta variância.

<sup>31</sup> A ideia do comitê de máquinas (*ensemble learning*) é construir um modelo de previsão combinando os pontos fortes de uma coleção de modelos de base mais simples. (HASTIE, Trevor; TIBSHIRANI, Robert; FRIEDMAN, Jerome. **The elements of statistical learning**, p. 605, 2009).

**Tabela 1 – Métricas de avaliação de classificadores**

Métrica	Fórmula
Sensibilidade (recall)	Verdadeiro Positivo / (Verdadeiro Positivo + Falso Negativo)
Especificidade	Verdadeiro Negativo / (Falso Positivo + Verdadeiro Negativo)
Acurácia	(Verdadeiro Positivo + Verdadeiro Negativo) / Total de observações
Precisão	Verdadeiro Positivo / (Verdadeiro Positivo + Falso Positivo)
f1-score	$2 * (\text{Precisão} * \text{Sensibilidade}) / (\text{Precisão} + \text{Sensibilidade})$

Fonte: James et al. (2013), elaboração própria

Treinados os modelos, utilizou-se o conjunto de teste – os 10% remanescente do conjunto de dados – para a validação e seleção do de melhor performance. Como esperado, por haver uma baixa incidência de casos complexos no conjunto de teste, refletindo o processo real, todos os modelos resultaram em acurácia acima de 97%, uma vez que essa é o percentual de casos não declarados complexos. Em relação às demais métricas, como a criticidade do problema em questão é a não detecção de casos com alto potencial de serem declarados complexos, o modelo com a maior sensibilidade e precisão deve ser o escolhido.

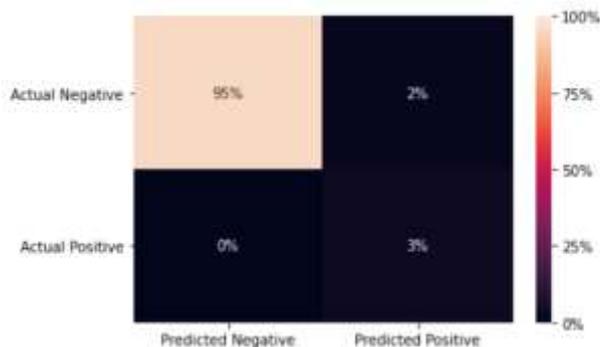
O comitê de máquinas construído pela combinação do SVM e da Floresta Aleatória treinados superou os demais modelos treinados individualmente, com precisão de 67%, 100% de sensibilidade, e 80% de *f1-score* para a classe de interesse. Isso significa que o modelo conseguiu identificar todos os casos declarados complexos do conjunto de teste, não classificando nenhum falso negativo.

Pela matriz de confusão<sup>32</sup> apresentada na figura abaixo, é possível ver que há a classificação de falsos positivos – indicada na taxa baixa precisão. Tal taxa de erro é de certa forma, aceitável, uma vez que as consequências da tomada de decisão frente a um caso que deveria ter sido classificado como complexo pelo modelo e não o foi são mais danosas que um caso que foi classificado como complexo erroneamente.

---

<sup>32</sup> Forma gráfica de se analisar a proporção de verdadeiros e falsos positivos e negativos.

**Figura 8 – Matriz de confusão do modelo treinado de comitê de máquinas**



Fonte e elaboração próprias.

## 5. Limitações da solução construída

Apesar de ter sido possível aos modelos de *ML* treinados encontrar padrão nos dados e generalizá-los, sendo capazes de predizerem satisfatoriamente a declaração de complexidade em atos de concentração, a solução desenvolvida ainda é um protótipo. Há grande necessidade de recursos computacionais relacionada ao algoritmo de PLN utilizado, o que impede atualmente a implantação da solução em um software que possa ser utilizado pelos profissionais da área e demais interessados. Além disso, o conjunto de dados, composto por 1.200 casos, é limitado para *ML*, ainda que estejam sendo testados modelos que conseguem lidar com volume de dados reduzido. Não foram utilizados todos os casos disponíveis no SEI por restrições computacionais relacionadas à extração dos documentos. Para aumentar a capacidade preditiva do modelo, o ideal seria não só prover mais dados tanto para aprendizagem quanto para teste – apenas 120 casos foram utilizados para testagem – como também melhorar a combinação de hiperparâmetros utilizados, que permite maximização do desempenho do modelo e a combinação de outras bases de dados que tragam mais informações sobre mercados e seus *players*.

É importante observar, no entanto, que ainda que todos os casos disponíveis fossem utilizados, ainda se incorreria nas questões relacionadas ao uso de um conjunto de dados de dimensão pequena (*small*

*data*).<sup>33</sup> Ampliar o período, considerando casos anteriores a 2015 também pode não surtir grande impacto pela dinâmica de evolução da jurisprudência, particular ao contexto jurídico do antitruste. O contexto econômico, a introdução de novas técnicas de tendências de análise respaldadas em outras jurisdições, a alteração do corpo de julgadores e outras questões subjetivas têm grande peso na definição dos rumos da jurisprudência, resultando em um espaço amostral relativamente reduzido de eventos similares.

Tais questões, apesar de ilustrarem alguns dos desafios à aplicabilidade de *ML* ao antitruste, não são impeditivos. Ademais, *ML* é apenas um dos métodos que compõem o vasto campo da IA e da ciência de dados. Diversas outras ferramentas que permitem a extração de conhecimento a partir de dados, como os algoritmos de raspagem de dados e os de PLN utilizados nesta solução desenvolvida, podem ser implementadas à análise antitruste para auxiliar economistas, advogados, empresas e mesmo a própria autoridade – que já o faz, como relatado anteriormente –, produzindo economias de recursos e propiciando tomadas de decisão mais ágeis e assertivas ao longo do processo de análise, seja em controle de condutas ou estruturas.

## 6. Considerações finais

Muito se discute sobre o potencial colusivo de algoritmos no uso de inteligência artificial pelas empresas inseridas em mercados digitais. Nesse sentido, as autoridades antitruste em diversas jurisdições estão atentas, buscando apurar em que medida a utilização desses novos instrumentos pode caracterizar condutas predatórias dos agentes. Há, no entanto a outra face da relação entre IA e demais tecnologias baseadas em dados e antitruste: a aplicação destas nas análises conduzidas pelas autoridades, cuja pesquisa a respeito ainda é incipiente, bem como sua aplicabilidade, especialmente no contexto privado.

No Brasil, é possível observar que o CADE tem se mostrado atento e capaz de incorporar ferramentas da ciência de dados em suas investigações, além de prover ferramentas para ampliar e tornar mais eficiente o acesso à informação pela comunidade dos processos apreciados

---

<sup>33</sup> Embora seja possível trabalhar com conjuntos de dados de tamanho reduzido, os algoritmos de *ML* costumam aprender melhor quanto mais pontos de dados estiverem disponíveis para treinamento.

pela autarquia. O Projeto Cérebro<sup>34</sup>, desenvolvido em 2013 que usa a inteligência artificial no combate a cartéis, é exemplo disso. No âmbito da assessoria e consultoria jurídico-econômica já não é tão claro o nível de utilização dessas técnicas, mas pode-se inferir que também há espaço para ampliação da implementação de métodos computacionais e estatísticos que auxiliem a tomada de decisão.

Ao detalhar o processo de construção de uma solução baseada em dados, este artigo buscou explicitar o potencial de aplicação da ciência de dados nos contextos de negócios dos profissionais atuantes na defesa da concorrência. Além da possibilidade de realizar análises preditivas em relação a andamentos e decisões sobre processos de interesse, como a apresentada, diversas outras soluções podem produzir eficiências nos processos de análise de condições de concorrência, elaboração de pareceres, estratégias, dentre outras atividades. É possível automatizar certos processos manuais, criar *dashboards* de dados para se obter análises descritivas, possibilitando a visualização e extração de dados, aprimorar análises econométricas, dentre outras aplicações que podem não só facilitar diversas tarefas, mas também têm o potencial de conferir maior assertividade na condução dos casos.

## 7. Referências

AFFELDT, Pauline. **EU Merger Policy Predictability Using Random Forests**. 2019.

BLEI, David M. Probabilistic topic models. **Communications of the ACM**, v. 55, n. 4, p. 77-84, 2012. Chawla et al. (2002).

BREIMAN, Leo. Random forests. **Machine learning**, v. 45, n. 1, p. 5-32, 2001.

BREIMAN, Leo; IHAKA, Ross. **Nonlinear discriminant analysis via scaling and ACE**. Department of Statistics, University of California, 1984.

CHAWLA, Nitesh V. et al. SMOTE: synthetic minority over-sampling technique. **Journal of artificial intelligence research**, v. 16, p. 321-357, 2002.

DONOHO, David. 50 years of data science. **Journal of Computational and Graphical Statistics**, v. 26, n. 4, p. 745-766, 2017.

---

<sup>34</sup> Vide nota 3.

ELIOT, Lance. Antitrust and Artificial Intelligence (AAI): Antitrust Vigilance Lifecycle and AI Legal Reasoning Autonomy. **arXiv preprint arXiv:2012.13016**, 2020.

EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. E. Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures. **OECD Roundtable on Algorithms and Collusion**. OECD: Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, 2017.

HASTIE, Trevor; TIBSHIRANI, Robert; FRIEDMAN, Jerome. **The elements of statistical learning**, 2009.

JAMES, Gareth et al. **An introduction to statistical learning**. New York: springer, 2013.

MCCARTHY, J. **What Is Artificial Intelligence? Computer Science Department Stanford University**, p.2, 2007. Disponível em: <http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf>

MASSAROTTO, Giovanna; ITTOO, Ashwin. Gleaning Insight from Antitrust Cases Using Machine Learning. **Stanford Computational Antitrust**, v. 1, 2021. Deng (2018)

MUNHOZ, João R.; CRUVINEL, Renan.; RUFINO, Victor. Brazilian antitrust policy for multi-sided digital platforms: recent developments. **The Future of Antitrust, IBRAC**, p. 144-153, 2020.

NGUYEN, Giang Hoang; BOUZERDOUM, Abdesselam; PHUNG, Son Lam. Learning pattern classification tasks with imbalanced data sets. **Pattern recognition**, p. 193-208, 2009.

NGUYEN, Hien M.; COOPER, Eric W.; KAMEI, Katsuari. Borderline over-sampling for imbalanced data classification. **International Journal of Knowledge Engineering and Soft Data Paradigms**, v. 3, n. 1, p. 4-21, 2011.

SMOLA, Alex J.; SCHÖLKOPF, Bernhard. A tutorial on support vector regression. **Statistics and computing**, v. 14, n. 3, p. 199-222, 2004.

TUKEY, John W. The future of data analysis. **The annals of mathematical statistics**, v. 33, n. 1, p. 1-67, 1962.

WANG, Pei. On defining artificial intelligence. **Journal of Artificial General Intelligence**, v. 10, n. 2, p. 1-37, 2019.

## 6. TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS E O DIREITO CONCORRENCIAL 3.0

### 6. *DISRUPTIVE TECHNOLOGIES AND THE 3.0 COMPETITION LAW*

*Paloma Caetano Almeida, Bruna Silvestre Prado, Evelyn Plínio Rodrigues*

**Resumo:** O presente artigo busca fornecer um panorama geral sobre os potenciais riscos antitruste advindos de novas tecnologias, como o *blockchain*, Metaverso e inteligência artificial. O objetivo do artigo é contextualizar essas plataformas e indicar quais condutas anticompetitivas podem estar relacionadas a elas.

**Palavras-chave:** *Blockchain*. Metaverso. Inteligência Artificial. Colusão tácita. Fechamento de mercado. Discriminação.

**Abstract:** This article seeks to provide a general overview of the potential antitrust risks related to new technologies, such as blockchain, metaverse and artificial intelligence. Thus, the article aims to present a context of such platforms and point out which antitrust conducts may be related to them.

**Keywords:** Blockchain. Metaverse. Artificial Intelligence. Tacit collusion. Market foreclosure. Discrimination.

### 1. Introdução

Diante do avanço de novas tecnologias em diferentes setores, podemos vislumbrar o quanto a análise antitruste tem se esmerado em estudar e entender as dinâmicas concorrenciais nos mercados digitais. A sensação que nos cerca é que tal assunto jamais será esgotado diante da infinitude de complexidades que acompanham o tema.

De modo geral, podemos concluir que o direito antitruste se empenha em garantir e regular um espaço isonômico para que a concorrência saudável seja garantida. Para atingir esse objetivo, são necessários mecanismos de punição e repreensão de qualquer tipo de irregularidade que prejudique não somente os agentes econômicos do mercado como também toda cadeia envolvida.

Um debate que tem se colocado em alta na seara antitruste diz respeito à uniformidade de regimes regulatórios entre mercados tradicionais e novas tecnologias. É frequente que essa questão esteja concentrada em dois lados: os que buscam argumentar que tal equiparação é necessária e irremediável, e os que buscam demonstrar como seu modelo de negócio sanaria falhas do mercado, concebendo novas qualidades que tornariam a regulação anteriormente estabelecida ultrapassada.

Tal fato nos impulsiona a refletir sobre como essas tecnologias recém-formadas devem ser reguladas dentro do direito antitruste. Entendemos que estas devem ser compreendidas como uma extensão das dinâmicas concorrências já existentes, que longamente foram analisadas durante anos de instrução processual e aprimoramento dos tipos legais nas mais diferentes jurisdições.

Nesse contexto, considerando o advento de novas tecnologias e a atuação do Direito Concorrencial, a ex-Conselheira do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, no seu voto no Ato de concentração nº 08700.001390/2017-14<sup>1</sup>, declarou que:

É inegável o sucesso de empresas como Tesla, Space X, Neuralink, GE (que está se recriando), Alphabet (dona da Google), Amazon, Netflix, Youtube, dentre tantas outras, bem como de tecnologias como blockchain, robótica, inteligência artificial, drones, realidade virtual, dentre tantas outras (também). De fato, tudo isso é revolucionário, assim, o antitruste e os burocratas precisam estar antenados para acompanhar todas estas novas tendências. Não há dúvidas que há leis obsoletas e outras que precisam ser pensadas. É, certamente, um grande desafio, mas precisa ser encarado com firmeza.

É possível afirmar que todas as tecnologias acima ensejam os mesmos riscos concorrenciais que aqueles presentes nos mercados tradicionais (como colusão tácita, discriminação de concorrentes/clientes/fornecedores, fechamento de mercado, entre outros)?

---

<sup>1</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14. Data de julgamento: 18 de outubro de 2017. Data da Publicação: 24 de outubro de 2017. SEI nº 0400555. Voto do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.

Em ilustração para buscar maior clareza na pergunta, poderíamos utilizar raciocínio similar do “mundo invertido” da série de ficção científica “*Stranger Things*”. Na série, contemplamos Hawkins, uma pequena cidade do Texas, que é surpreendida pela invasão de outra dimensão. Tal dimensão ganha o nome de “mundo invertido” pois tudo o que há em Hawkins também está presente nessa dimensão.

Assim como o mundo invertido reflete Hawkins, essas tecnologias carregam características que se assemelham – ou são idênticas – às relações econômicas que já foram tratadas anteriormente pelo arcabouço do Direito Concorrencial, porém em mercados tradicionais nos quais tais tecnologias não atuavam ainda.

Nesse contexto, o presente artigo tratará das seguintes inovações tecnológicas e suas relações com o antitruste dado seu caráter cada vez mais disruptivo, ou seja, com potencial para revolucionar mercados digitais: (i) *blockchain*; (ii) Metaverso; e (iii) inteligência artificial. Dessa forma, a nossa proposta será explorar as sinergias entre tal ramo do Direito e as tecnologias e os atritos que resultam dessa união: (i) o primeiro capítulo explicará em detalhes como as tecnologias funcionam; (ii) o segundo capítulo explicará quais são os riscos que podem advir de cada tecnologia; (iii) o terceiro capítulo apresentará exemplos de casos antitruste envolvendo *blockchain*, metaverso e inteligência artificial (no Brasil e no mundo); (iv) e o quarto e último capítulo apresentará nossas considerações finais.

## **2. Tecnologias disruptivas na Web 3.0: *blockchain*, Metaverso e inteligência artificial**

### *2.1. Web 3.0*

O *blockchain*, o Metaverso e a inteligência artificial são conectados por um conceito – e uma ferramenta – basilar: a internet. A primeira notícia que se tem da criação da internet foi registrada por J.C.R. Licklider, em 1962. O cientista da computação idealizou um conjunto de computadores mundialmente interconectados através do qual todos poderiam acessar rapidamente dados e programas de qualquer site.<sup>2</sup> Desde sua criação, a internet passou por três grandes momentos.

---

<sup>2</sup> LICKLIDER, J.C.R.; CLARK, W. Clark, “*On-Line Man Computer Communication*”. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/On-line-man-computer-communication-Licklider->

O primeiro momento da internet – a Web 1.0 - ocorreu entre as décadas de 1980 e 2000 e foi caracterizado pela criação do “*World Wide Web*” (“WWW”).<sup>3</sup> Nessa fase da Internet surgiram os sites e páginas estáticas, usadas apenas por empresas ou veículos de imprensa.<sup>4</sup>

A Web 2.0, fase iniciada após os anos 2000, possibilitou a criação do mundo virtual. Durante este período surgiram as redes sociais, que viabilizaram a comunicação entre usuários da Internet.<sup>5</sup> Por fim, atualmente a Internet encontra-se na fase 3.0 – a fase da Internet mais descentralizada e baseada em confiança entre os usuários.<sup>6,7</sup>

Nesse sentido, as tecnologias aqui tratadas refletem o atual momento da Web 3.0 – são tecnologias que permitem maior interatividade entre os usuários, são cada vez mais descentralizadas e independentes de autoridades reguladoras e são baseadas na confiança entre os usuários. A partir desta reflexão, discutem-se abaixo as inovações trazidas pelo *blockchain*, Metaverso e inteligência artificial.

## 2.2. *Blockchain*

A primeira notícia que se tem do *blockchain* é de 2008, no artigo “*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*”, de Satoshi Nakamoto.<sup>8</sup> O artigo desenvolve a ideia do *Bitcoin* (criptomoeda que seria transacionada no *blockchain*) e, atualmente, o uso do *blockchain* vai além de uma plataforma para transação de criptomoedas.

---

[Clark/c8368c91e8c3636e287891d5f0c1301beacb7ec2](https://www.infomoney.com.br/guias/web-3-0-e-criptoativos/). Acesso em: 20 de agosto de 2022.

<sup>3</sup> “*O que é Web 3.0 e como ela se relaciona com o mercado de criptoativos*”. Infomoney. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/guias/web-3-0-e-criptoativos/>. Acesso em: 20 de agosto de 2022.

<sup>4</sup> “*Metaverso e Web 3.0: tendências que prometem mudar o futuro da internet*”. Digital House, 06 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.digitalhouse.com.br/blog/metaverso-e-web-3-0/>. Acesso em: 20 de agosto de 2022.

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> “*O que é Web 3.0 e como ela se relaciona com o mercado de criptoativos*”. Infomoney. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/guias/web-3-0-e-criptoativos/>. Acesso em: 20 de agosto de 2022.

<sup>8</sup> NAKAMOTO, Satoshi. “*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*”. Publicado em 24 de maio de 2009. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em 04 de agosto de 2022.

O *blockchain* é uma tecnologia de armazenamento, transmissão e verificação de informações em um sistema distribuído e criptografado.<sup>9</sup> O *blockchain* funciona como uma cadeia em blocos, os quais armazenam informações sobre transações de informações entre os usuários da plataforma. Consequentemente, cada *blockchain* constitui um “livro-ração” (ou uma base de dados), que contém o histórico completo de todas as transações realizadas e validadas desde a criação da cadeia.

As informações transacionadas são agrupadas em blocos e validadas por “nós” nesta rede. Os “nós” são os computadores individuais que acessam o *blockchain* e disponibilizam seus recursos de armazenamento e processamento para outros membros da cadeia – isto garante que as decisões no *blockchain* sejam descentralizadas, já que não há um “nó central” na cadeia.

Quando as informações são validadas no *blockchain*, o bloco que armazenou aquele dado recebe uma identificação única (o número de *hash*). O *hash* então é incluído na cadeia e faz referência ao bloco anterior e torna a informação visível para todos os usuários da plataforma. Dessa forma, o processo de registro de dados não pode ser alterado de forma unilateral por qualquer usuário da plataforma – seria necessário o consenso de toda a rede *blockchain* para a alteração de alguma informação. Caso o *hash* seja alterado por um usuário, seu número original será necessariamente alterado também e denunciará a existência de um novo bloco que não pertence à cadeia original (validada e autenticada pela rede).

Algumas das principais características do *blockchain* são (i) descentralização e desintermediação; (ii) transparência; e (iii) imutabilidade. Por meio da *descentralização*, é superada a necessidade de aprovação das transações por um ente central – assim, as transações ocorrem diretamente entre os usuários, sem intermediários. A *transparência* decorre da publicidade das decisões e validações de informações na plataforma; todos os usuários de um *blockchain* podem acessar dados que comprovem a alteração ou transação de determinada informação. Por fim, a *imutabilidade* deriva do fato de, após a validação dos blocos de informações pelos “nós”, estes passarem a integrar definitivamente a cadeia de blocos (a alteração das informações contidas em um dado bloco só pode ocorrer mediante a validação e registro de um novo bloco, sem a exclusão do bloco anterior, fator que confere confiabilidade à plataforma).

---

<sup>9</sup> DRESCHER, Daniel. *Blockchain Básico: Uma introdução não técnica em 25 passos*. São Paulo: Novatec, 2018.

Dentre os principais usos do *blockchain*, destacam-se (i) as criptomoedas; (ii) os *smart contracts*; e (iii) os *tokens*. *Criptomoedas* são ativos financeiros que viabilizam o pagamento eletrônico baseado em provas criptográficas e tradicionalmente transacionadas no *blockchain*. Os *smart contracts* são linhas de códigos que são armazenados em uma cadeia de *blockchain* e são automaticamente executados quando suas condições pré-determinadas são atendidas. Por fim, os *tokens* são dispositivos de segurança que geram códigos identificadores digitais únicos, exclusivos e aleatórios – na indústria de pagamentos, a chamada “*tokenização*” é um mecanismo de segurança em que dados são substituídos por tokens de forma aleatória, protegendo informações sensíveis.

Para além dessas funcionalidades, o *blockchain* também está envolvido no desenvolvimento de outra tecnologia relevante para o presente artigo, qual seja: o metaverso. Passamos a descrevê-lo a seguir.

### 2.3. Metaverso

Apesar de ser uma tecnologia mais recente e ainda em desenvolvimento, o termo “metaverso” origina-se da ficção científica: da obra “*Snow Crash*” (1992), de Neal Stephenson, no qual o personagem principal possui ocupações distintas nos mundos virtual e real, e no qual o Metaverso é comandado pelo *Global Multimedia Protocol Group*; e da obra “*Ready Player One*” (2011), de E. Ernest Cline, no qual um mundo distópico é apresentado, e o metaverso “OASIS” (um simulador virtual) é criado por *Gregarious Simulation Systems*<sup>10</sup>.

As primeiras tentativas similares a essa tecnologia ocorreram em ambientes virtuais de jogos, como no jogo *Second Life*, em 2003, mas o Metaverso atualmente extrapola o universo dos jogos, pois passou a ser associado a uma experiência 3D imersiva que busca integrar mundo real (em todos seus aspectos) com mundo virtual visando à conexão social.

Nesse sistema, há a utilização de diversas tecnologias para sua viabilização, como (i) a realidade virtual (“*ambiente tridimensional*

---

<sup>10</sup> CRAUTHERS, Robin S.; PFLOCK, Thomas Martin; ROSENBERG, Zeke. “*Antitrust: Into the Metaverse*”. Disponível em: <https://www.wsgl.com/en/insights/antitrust-into-the-metaverse.html>. Acesso em: 21 de agosto de 2022.

*construído por meio de softwares*”<sup>11</sup>, sobretudo mediante o emprego de *headsets* de “VR”); (ii) a realidade aumentada (tecnologia que “*insere dados virtuais no mundo real*”<sup>12</sup>); (iii) e o próprio *blockchain*, na forma de movimentação de “*valores e registro de propriedades virtuais*”.<sup>13</sup>

Diante de seu potencial de crescimento (segundo estimativas da Bloomberg Intelligence, pode chegar a US\$ 800 bilhões em 2024<sup>14</sup>) e de desenvolvimento tecnológico, diversas empresas já têm buscado alternativas para concorrer no Metaverso e investir nas referidas tecnologias a ele associadas. Por exemplo, a Apple e o Google vêm desenvolvendo *headsets* para concorrer nesse sistema; outros *players*, como a Microsoft e a Sony, estão expandindo suas linhas de produtos de AR/VR para concorrer no mercado. Outras empresas, como a Roblox, a Snap e a Epic, podem apresentar forte pressão competitiva no segmento (principalmente com foco em jogos on-line).

De modo ainda mais relevante, o Facebook passou de uma empresa focada em redes sociais para uma empresa do Metaverso, sob o nome “Meta”. Segundo um comunicado da empresa em 2021, o Metaverso será o futuro da tecnologia, de modo que afetará todos os produtos do grupo:

A próxima plataforma será ainda mais imersiva – uma internet incorporada onde você está na experiência, não apenas olhando para ela. Chamamos isso de metaverso e afetará todos os produtos que construímos.

(...)

O metaverso não será criado por uma empresa. Ele será construído por criadores e desenvolvedores criando novas experiências e itens digitais que são interoperáveis e desbloqueiam uma economia criativa massivamente maior do

---

<sup>11</sup> “*Metaverso: tudo sobre o mundo virtual que está chamando a atenção dos investidores*”. Infomoney. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/guias/metaverso/>. Acesso em 22 de agosto de 2022.

<sup>12</sup> Idem.

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> “*Metaverse may be \$800 billion market, next tech platform*”. Bloomberg. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/professional/blog/metaverse-may-be-800-billion-market-next-tech-platform/>. Acesso em: 21 de Agosto de 2022.

que aquela limitada pelas plataformas atuais e suas políticas.<sup>15</sup>.

## 2.4. Inteligência Artificial

Por fim, como outro exemplo de tecnologia disruptiva e que segue em amplo desenvolvimento, destacamos a inteligência artificial.

O termo “*Artificial Intelligence* (AI)” (em tradução livre, “inteligência artificial” “IA”) surgiu pela primeira vez durante uma conferência organizada por quatro pesquisadores norte-americanos – John McCarthy, Marvin Minsky, Nathaniel Rochester e Claude Shannon – na Universidade de Dartmouth, em New Hampshire, nos Estados Unidos.

Com oito semanas de conferência, McCarthy e seus colegas proporcionaram uma visão futurística ao mundo: os especialistas acreditavam na construção de computadores para desempenhar papéis ligados à cognição, incluindo abstração e uso de linguagem.

A inteligência artificial é definida como:

sistemas ou máquinas que imitam a inteligência humana para realizar tarefas e podem se aprimorar iterativamente com base nas informações que coletam[...] IA tornou-se um termo genérico para aplicativos que executam tarefas complexas que antes exigiam informações do usuário, como a comunicação com clientes online ou um jogo de xadrez<sup>16</sup>.

A *International Business Machines Corporation* (“IBM”) define IA da seguinte forma:

---

<sup>15</sup> Tradução livre: “*The next platform will be even more immersive — an embodied internet where you’re in the experience, not just looking at it. We call this the metaverse, and it will touch every product we build. (...) The metaverse will not be created by one company. It will be built by creators and developers making new experiences and digital items that are interoperable and unlock a massively larger creative economy than the one constrained by today’s platforms and their policies*”. Founder’s Letter 2021. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2021/10/founders-letter/>. Acesso em 21 de agosto de 2022.

<sup>16</sup> Oracle. “*O que é inteligência artificial (IA)? Saiba mais Sobre Inteligência Artificial*”. Disponível em: <https://www.oracle.com/br/artificial-intelligence/what-is-ai/>. Acesso em: 26 de julho de 2022.

A inteligência artificial é um campo que combina ciência da computação e conjuntos de dados robustos para permitir a resolução de problemas. Os sistemas especialistas, uma aplicação inicial bem-sucedida da IA, visavam copiar o processo de tomada de decisão de um ser humano.<sup>17</sup>

Segundo o Conselho sobre Inteligência Artificial da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) (MCTI, 2021, p.8)<sup>18</sup>, não existe uma definição consensual sobre a tecnologia. A OCDE entende que a IA é um conjunto de técnicas que emulam alguns aspectos da cognição de seres e é composto por três elementos principais: (i) sensores; (ii) lógica operacional; e (iii) atuadores. De acordo com a OCDE, “*os sensores coletam dados brutos do ambiente, processados pela lógica operacional para fornecer saídas para os atuadores, que por sua vez agem para alterar o estado do ambiente*”<sup>19</sup>. Tal ciclo é repetido diversas vezes, e como o ambiente é alterado pelo sistema de IA, a cada ciclo a lógica operacional poderá ser aperfeiçoada.

Com relação à inteligência artificial no contexto do Direito Concorrencial, o Ato de concentração nº 08700.002761/2020-72<sup>20</sup> discutiu uma aquisição “*no mercado de comunicação corporativa, denominado “Plataforma de Comunicação como Serviço” ou Communication Platform*

---

<sup>17</sup> IBM. “*Artificial Intelligence (AI)*”. Disponível em: <https://www.ibm.com/cloud/learn/what-is-artificial-intelligence>. Acesso em 26 de julho de 2022.

<sup>18</sup> Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações - Secretaria de Empreendedorismo e Inovação “*Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial – EBIA*”. Disponível em: [https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivosinteligenciaartificial/ebia-documento\\_referencia\\_4-979\\_2021.pdf](https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivosinteligenciaartificial/ebia-documento_referencia_4-979_2021.pdf). Acesso em: 26 de julho de 2022.

<sup>19</sup> Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações - Secretaria de Empreendedorismo e Inovação “*Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial – EBIA*”. Disponível em: [https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivosinteligenciaartificial/ebia-documento\\_referencia\\_4-979\\_2021.pdf](https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivosinteligenciaartificial/ebia-documento_referencia_4-979_2021.pdf). Acesso em: 10 de janeiro de 2023.

<sup>20</sup> A Operação tratou da aquisição, pela Sinch Latin America Holding AB e TWW do Brasil S.A (“*Sinch Brasil*”), de 100% do capital social da Movable Mobile Commerce Holdings, S.L. (“*Wavy Brasil*”). Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.002761/2020-72. Data de julgamento: 23 de dezembro de 2020. Data de publicação: 24 de dezembro de 2020. SEI nº 0847953. Patricia Alessandra Morita Sakowski, Superintendente-Geral substituta.

as a Service (“cPaaS”)<sup>21</sup>. Naquela oportunidade, a Superintendência-Geral (“SG”) do Cade entendeu que “a evolução do cPaaS compreende um conjunto de convergência tecnológica relacionado a mensagens do tipo SMS, aplicações OTT de vídeo, voz e bate-papo, soluções em Internet das Coisas, Inteligência Artificial, chatbots e outros (...)”<sup>22</sup>. Especificamente sobre a Inteligência Artificial, a SG a considerou como

Artificial Intelligence, ou Inteligência Artificial (“AI”) representa um avanço tecnológico que permite que sistemas simulem uma inteligência similar à humana, ultrapassando a mera programação de comandos específicos para a tomada de decisões de forma autônoma, baseadas em padrões programados por algoritmos e sustentada por grandes bancos de dados.

De acordo com as definições acima, a proposta da IA é replicar, e depois exceder a maneira como os humanos percebem e reagem ao mundo. A tecnologia vem tornando-se sinônimo de inovação e sua finalidade é conectar os diversos ambientes do cotidiano em uma única experiência. Outro fator que sobrevém quando pensamos em computadores agindo de forma independente sem intervenção humana é como os estamos programando para executarem tais tarefas. Existem algumas ferramentas para esse ensino e alguns princípios tecnológicos necessários: *Machine Learning*, *Deep Learning*, Processamento de Linguagem Natural, dentre outros.

O *deep learning* e o *machine learning* tendem a ser usados de maneira alternada – assim, é importante observar as diferenças entre os conceitos. *Machine learning* e *deep learning* são os subcampos da inteligência artificial. Os algoritmos de *machine learning* supervisionados são os mais utilizados na inteligência artificial.<sup>23</sup> Com esse modelo, um cientista de dados age como um guia e ensina ao algoritmo quais conclusões ele deve ter. Assim como uma criança aprende a identificar frutas memorizando-as em um livro de imagens, na aprendizagem

---

<sup>21</sup> Idem.

<sup>22</sup> Idem.

<sup>23</sup> Oracle. “Data Science Service”. Disponível em: <https://www.oracle.com/br/artificial-intelligence/data-science/>. Acesso em: 21 de agosto de 2022.

supervisionada, o algoritmo é treinado por um conjunto de dados que já está rotulado e tem uma saída predefinida.<sup>24</sup>

O *deep learning* foi criado para funcionar de uma maneira semelhante ao cérebro humano no que diz respeito à troca e processamento de informação realizada entre os neurônios. A IBM<sup>25</sup> descreve essa operação da seguinte forma:

Ao receber uma informação de entrada, os algoritmos de deep learning conseguem distinguir detalhes, que serão passados aos neurônios, os quais realizam análises através de cálculos matemáticos. Nesses cálculos, cada um dos detalhes analisados recebe um peso, o qual cria um grau de relação entre o detalhe analisado e o resultado final esperado. Após a realização do cálculo matemático o resultado é passado para uma função de ativação, que seleciona alguns neurônios que serão ativados para continuar com o process.

Todas essas ferramentas juntas compõem a Inteligência Artificial e demonstram capacidade suficiente para aprender com interações e dados humanos.

Em termos práticos, alguns serviços e interações cotidianas já são realizadas por IA; bancos e *e-commerces* utilizam a tecnologia para atender usuários por meio de chats, serviços de *streaming* recomendam conteúdos com base em escolhas anteriores dos clientes, por meio de IA, e o reconhecimento facial de aparelhos telefônicos é feito por IA.

Com o advento da popularização da ferramenta, é notável que as organizações internacionais (inclusive de concorrência), vêm prestando mais atenção aos possíveis impactos que poderão ocorrer na economia, como também, os riscos concorrenciais quanto à aplicabilidade da tecnologia.

No Brasil, já existem Projetos de Lei que discutem sobre o uso da tecnologia. A Portaria nº 1.122/2020 do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações<sup>26</sup>, influenciada por observações internacionais,

---

<sup>24</sup> Idem.

<sup>25</sup> IBM. “*Inteligência Artificial (IA)*”. Disponível em: <https://www.ibm.com/cloud/learn/what-is-artificial-intelligence>. Último acesso em 26 de julho de 2022.

<sup>26</sup> “*Projeto cria marco legal para uso de inteligência artificial no Brasil*”. Agência Câmara de Notícias. Brasília, 04 de março de 2020. Disponível em:

estabeleceu como relevante o ramo de IA para projetos de pesquisa e desenvolvimento de tecnologias. O Projeto de Lei nº 21/20 (“PL nº 21/20”) tem como ementa “a criação do marco legal do desenvolvimento e uso da Inteligência Artificial (IA) pelo poder público, por empresas, entidades diversas e pessoas físicas”<sup>27</sup>.

Aprovado pela Câmara dos deputados em 29 de setembro de 2021, o Projeto de Lei nº 21/2020 estabelece fundamentos e princípios para a inteligência artificial no Brasil, com orientações para o poder público. O Senado instaurou uma Comissão de juristas para discutir com especialistas e representantes de diferentes segmentos da sociedade diversos aspectos da IA. O texto traz como princípio a transparência sobre o seu uso e funcionamento. O PL nº 21/20 tem como fundamento o respeito aos direitos humanos e aos valores democráticos, a igualdade, a não discriminação, a pluralidade, a livre iniciativa e a privacidade de dados.

Não restam dúvidas, que há bastante a ser explorado em relação aos potenciais impactos na concorrência decorrentes do uso de das tecnologias apontadas acima, ainda sobejam, os desafios que representam para a política da concorrência sobre o papel que deve desempenhar para garantir que todas elas atinjam seu potencial pró-competitivo, ou, minimamente, não prejudiquem o ambiente antitruste. O capítulo a seguir desenvolverá quais são os efeitos das tecnologias na seara concorrencial.

### **3. Possíveis impactos concorrenciais advindos das tecnologias disruptivas**

Nesse contexto de desenvolvimento de novas (e, por vezes, não tão novas) tecnologias, empresas têm adaptado, em parte, suas atividades e planos de negócios visando a concorrer de forma mais efetiva em mercados nascentes (ou seja, com maior potencial de crescimento ao menos em um primeiro momento).

Conforme acima mencionado, tal iniciativa tem sido liderada, principalmente, por grandes plataformas de tecnologia, as quais podem ter maior capacidade de alavancar sua posição dominante de um mercado para

---

<https://www.camara.leg.br/noticias/641927-projeto-cria-marco-legal-para-uso-de-inteligencia-artificial-no-brasil/> . Acesso em: 27 de julho de 2022.

<sup>27</sup> ROSA, Giovanni Santa. “*Lei da inteligência artificial no Brasil: entenda o projeto aprovado na Câmara*”. Tecnoblog. Disponível em: <https://tecnoblog.net/especiais/lei-da-inteligencia-artificial-no-brasil-entenda-o-projeto-aprovado-na-camara/>. Acesso em: 27 de julho de 2022.

outro correlato. De um lado, tais plataformas estão inseridas em um contexto de mercados digitais, com suas características que lhe são particulares, como fortes efeitos de rede, economias de escala e escopo<sup>28</sup>, de modo que, quanto maior a base (consumidores e fornecedores) de uma plataforma, maior tende a ser sua demanda como um todo. De outro lado, é possível que mercados com esses elementos apresentem o efeito conhecido como “*tipping*”, o que também tende a beneficiar empresas de grande porte:

Mercados com “*tipping effects*” normalmente apresentam uma intensa competição pelo mercado no início, que depois se transforma em um provável longo período de baixa competição no qual o vencedor/monopolista aproveita as rendas do seu poder de mercado.<sup>29</sup>

Contudo, cumpre destacar que o presente artigo não pretende concluir que qualquer entrada nesses mercados nascentes por grandes empresas de tecnologia seria prejudicial. Pelo contrário, visto que crescimentos orgânicos tendem a ser positivos para a concorrência. Ainda, dado o caráter ainda nascente dessas tecnologias, ainda não há uma conclusão definitiva sobre os reais efeitos dessas tecnologias no cenário concorrencial.

Não obstante tal consideração, alguns mercados podem se tornar concentrados em um primeiro momento, de modo que a ausência de concorrência efetiva pode se tornar problemática quando associada a condutas anticompetitivas visando a prejudicar a concorrência. Essa constatação pode ser traduzida, por exemplo, nas seguintes preocupações: (i) *killer acquisitions*; (ii) imposição de cláusulas de exclusividade que fechem o mercado; (iii) recusa de acesso à plataforma por outros concorrentes; (iv) aumento de barreiras à entrada por acúmulo de dados de usuários; (v) ausência de interoperabilidade/*multi-homing* entre as plataformas; e (vi) colusão algorítmica.

---

<sup>28</sup> BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. "Documento de Trabalho nº 005/2020". Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/DocumentodeTrabalhon5Concorrenciaemmercadosdigitaisumarevisaodosrelatorespecializados.pdf>. Acesso em 22 de agosto de 2022.

<sup>29</sup> Idem.

O caráter punitivo do Direito Concorrencial é parcialmente fundamentado na teoria do dano – ou seja, as razões pelas quais uma ação pode afetar negativamente a concorrência e os consumidores finais. É necessário estabelecer um nexo de causalidade entre o fato (conduta) e um resultado (efeito negativo no mercado)<sup>30</sup>. Nesse sentido, a teoria do dano é especialmente importante para condutas unilaterais, as quais são analisadas pela regra da razão. Conforme Oliveira, Almeida e Prado (2021)<sup>31</sup> mencionam, “diferentemente de condutas em que a nocividade à concorrência é presumida, como em cartéis, a regra da razão permite que determinadas condutas passem por um teste antes que se possa caracterizá-la como um ilícito concorrencial”.

A jurisprudência do Cade e a Resolução nº 20 de 1999 determinam que as seguintes etapas devem ser analisadas em casos de condutas unilaterais pela regra da razão: (i) a caracterização da conduta; (ii) a análise de posição dominante; (iii) análise dos efeitos anticompetitivos da conduta; (iv) análise de eficiências; (v) ponderação de efeitos e eficiências. A última etapa, conhecida como *balancing*, implica que caso o efeito da conduta seja “não negativo”<sup>32</sup>, ela será lícita (em oposição, caso o efeito da prática seja negativo, a conduta será ilícita).

Já nas condutas ilícitas *per se*, presume-se a periculosidade e nocividade da prática ao mercado – de forma que não é necessário demonstrar eventuais efeitos práticos positivos ou negativos da conduta.

No presente artigo, as seguintes condutas – e as formas pelas quais elas podem ocorrer, tanto segundo a regra da razão como enquanto ilícito *per se* – serão abordadas em maior detalhe: (i) *killer acquisitions*; (ii) colusão tácita (algorítmica); e (iii) demais condutas referentes a fechamento de mercado e discriminação.

### 3.1. *Killer acquisitions*

---

<sup>30</sup> KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. “Ajustando As Lentes: Novas Teorias Do Dano Para Plataformas Digitais”. Revista de Defesa da Concorrência, vol. 9, nº 1. Junho de 2021.

<sup>31</sup> OLIVEIRA, Paula Camara B.; ALMEIDA, Paloma Caetano; PRADO, Bruna Silvestre. “Análise Comparativa de Eficiências no Contexto de Condutas Unilaterais e Verticais”. In “Concorrência: um olhar contemporâneo sobre condutas unilaterais”. 1ª ed – São Paulo: Editora Singular, 2021

<sup>32</sup> Eficiências superiores ao prejuízo decorrente da conduta.

Autoridades concorrenciais vêm monitorando operações nesse mercado com o intuito de mitigar os riscos associados às chamadas *killer acquisitions*.

Nesse contexto, Tim Wu e Scott Hemphill<sup>33</sup>, antes de definirem o que seriam essas ditas aquisições assassinas, definiram *nascent competitors* como empresas cuja inovação representaria uma séria, ainda que incerta, ameaça futura a determinado agente econômico. Eventual aquisição dessas empresas pode enquadrar em uma das seguintes categorias: aquisições danosas (*harmful acquisitions* ou *killer acquisitions*) ou aquisições não danosas (*harmless acquisitions*, até mesmo podendo impedir a morte prematura de um projeto por falta de recursos).

Cunningham et. al. (2018)<sup>34</sup>, por sua vez, definiram as ditas aquisições assassinas segundo um modelo matemático: como o resultado da combinação de (i) uma empresa adquirente que escolheu adquirir uma empresa com a intenção de encerrá-la; e (ii) a redução do incentivo para desenvolver projetos da empresa adquirida que pudessem canibalizar lucros da mesma empresa adquirente. Isto é, uma aquisição que buscasse evitar a concorrência futura.

Esse contexto é relevante para esclarecer os motivos pelos quais algumas dessas plataformas de tecnologia vêm sendo monitoradas – e, por vezes, acusadas – quando da aquisição de outras empresas na busca por concorrer nos mercados afetados por essas tecnologias disruptivas. No passado, inclusive, a autoridade concorrential dos EUA, a *Federal Trade Commission* (FTC) investigou o Facebook (atualmente, Meta) por aquisições supostamente visando a manter seu monopólio em redes sociais, por meio das aquisições do Instagram em 2012, e do WhatsApp em 2014. Desde então, questionamentos similares, mas de veículos de notícia, começaram a surgir no contexto do Metaverso, como:

Agora há preocupações de que o Meta possa estar empregando as mesmas táticas no metaverso. Além da

---

<sup>33</sup> HEMPHILL, C. Scott; WU, Tim. “*Nascent Competitors*”. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 168, p. 1879, 2020. Disponível em: [https://scholarship.law.columbia.edu/faculty\\_scholarship/2661/](https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2661/). Acesso em 22 de agosto de 2022.

<sup>34</sup> CUNNINGHAM, Colleen; EDERER, Florian; MA, Song. “*Killer Acquisitions*”. (12.09.2018, revisada em 22.04.2020). Journal of Political Economy, Vol. 129, No. 3, pp. 649–702, March 2021. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3241707](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3241707). Acesso em: 21 de agosto de 2022.

aquisição da Oculus, a Meta comprou várias outras empresas relacionadas ao metaverso. Um dia depois de mudar o nome de Facebook para Meta, a empresa anunciou que está adquirindo a Within, que cria produtos, conteúdos, softwares e ferramentas para realidade virtual e aumentada. O principal produto da Within - Supernatural - é um serviço imersivo de condicionamento físico em RV. A FTC já iniciou uma investigação sobre a aquisição da Within por US\$ 400 milhões pela Meta.<sup>35</sup>

Por outro lado, resta claro que ainda pode ser prematuro afirmar, categoricamente, que haveria um claro potencial para *killer acquisitions* nessas condutas. Da mesma forma, o Facebook/Meta não é o único grupo realizando condutas similares, e o atual estágio dessas tecnologias (sobretudo o Metaverso e a inteligência artificial) não permite prever, com elevado grau de certeza, os impactos dessas aquisições. Nesse sentido, *vide*, por exemplo:

Ainda não sabemos se o Facebook estabelecerá um monopólio no metaverso porque o metaverso não existe totalmente. O ecossistema AR/VR que existe hoje é apenas uma parte do que Zuckerberg e outros líderes de negócios veem como uma série de novas tecnologias que acabarão suportando o metaverso – ou muitos metaversos. A Apple e o Google estão trabalhando em fones de ouvido que podem competir com o Meta Quest, enquanto outros grandes players como Microsoft e Sony estão expandindo suas linhas de produtos AR/VR existentes. A Microsoft, por exemplo, gastou recentemente quase US\$ 70 bilhões adquirindo a Activision Blizzard, uma das maiores empresas de jogos do

---

<sup>35</sup> Tradução livre: “There are now concerns that Meta may be employing the same tactics in the metaverse. In addition to its acquisition of Oculus, Meta has purchased a number of other metaverse-related companies. One day after changing its name from Facebook to Meta, the company announced that it is acquiring Within, which creates products, content, software and tools for virtual and augmented reality. Within’s flagship product—Supernatural—is an immersive VR fitness service. The FTC has already initiated an investigation of Meta’s \$400 million acquisition of Within”. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=99eb485b-0e45-451b-b2b5-4ba35a5c2971>. Acesso em 21 de agosto de 2022. (“Antitrust Enforcers Enter the Metaverse”).

mundo, um acordo que pode ter grandes implicações para o desenvolvimento do metaverso.<sup>36</sup>

### 3.2. Colusão tácita

A colusão é vedada pela Lei de Defesa da Concorrência em seu art. 36, § 3º, inciso I, alíneas de “a” a “d”. De acordo com a lei, a colusão é configurada por acordo, manipulação e ajuste de preços, condições de compra e venda, qualidade, quantidade e divisão de clientes. Importa destacar, conforme mencionado acima, que a colusão independe de dano efetivo à concorrência – basta a mera existência da conduta para que ela seja ilícita.

Nesse sentido, a Resolução nº 20 de 1999 do Cade define cartéis (ou colusões) como:

acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio. Fatores estruturais podem favorecer a formação de cartéis: alto grau de concentração do mercado, existência de barreiras à entrada de novos competidores, homogeneidade de produtos e de custos, e condições estáveis de custos e de demanda.

A colusão tácita implica não existirem provas diretas da colusão, e sua existência costuma ser inferida a partir de provas comportamentais

---

<sup>36</sup> Tradução livre: “*We don’t know yet if Facebook will establish a monopoly in the metaverse because the metaverse doesn’t fully exist. The AR/VR ecosystem that exists today is just one part of what Zuckerberg and other business leaders see as a whole host of new technologies that will ultimately support the metaverse — or many metaverses. Apple and Google are reportedly working on headsets that could compete with the Meta Quest, while other major players like Microsoft and Sony are expanding their existing AR/VR product lines. Microsoft, for one, recently spent nearly \$70 billion acquiring Activision Blizzard, one of the biggest gaming companies in the world, a deal that could have major implications for the development of the metaverse*”. Disponível em: <https://www.vox.com/recode/22933851/meta-facebook-metaverse-antitrust-regulation>. Acesso em 22 de agosto de 2022. (“*Can Facebook monopolize the metaverse?*”).

indiretas<sup>37</sup>. Em contraposição, a colusão explícita comprova-se pela existência de um acordo explícito (oral ou escrito) sobre condições de mercado concorrencialmente relevantes.

Whish e Bailey (2012)<sup>38</sup> entendem que a colusão tácita é a coordenação entre o comportamento das empresas sem que ocorra uma prática concertada. Necessariamente, esse comportamento resultará em vantagens às empresas e consequente desvantagem aos concorrentes e clientes.

Como já destacado ao longo do presente artigo, essas tecnologias disruptivas geram impactos relevantes nos mercados afetados e no desenvolvimento da web 3.0 como um todo. Dito isto, eles também apresentam sistemas novos nos quais problemas antigos ainda podem ocorrer.

Por exemplo, haverá maior risco de fluxo de informações concorrencialmente sensíveis (como preços de produtos ou serviços) entre concorrentes que usem a mesma tecnologia *blockchain*, pois seria um fórum adicional de comunicação (possivelmente indevida) entre eles. Da mesma forma, eventual precificação por algoritmos pode, de um lado, levar a uma precificação dinâmica aumentando a pressão competitiva, mas, de outro, também pode favorecer esses mesmos conluios. Isto porque o algoritmo pode ser instrumentalizado para garantir a operação automatizada do sobrepreço do conluio.

Nesse contexto, os autores Stucke e Ezechri destacam que os algoritmos poderiam atuar de quatro formas diferentes, quando estiverem facilitando a colusão: (i) *messenger* ou mensageiro (algoritmos apenas executando ou monitorando acordos celebrados pelos humanos); (ii) *hub-and-spoke* (um único algoritmo determinando o preço a ser praticado por vários usuários); (iii) *predictable agent* ou agente previsível (algoritmos criados unilateralmente por cada empresa, mas geralmente em um contexto de transparência do mercado); e (iv) *digital eye* ou máquina autônoma (algoritmos criados unilateralmente por cada empresa em prol de um objetivo específico, cujos meios – lícitos ou não - são determinados

---

<sup>37</sup> DOS SANTOS, Flávia Chiquito. “Quando o simples é sofisticado: clareza na tipificação de cartéis e na interpretação da regra per se”. Revista de Defesa da Concorrência, vol. 5, nº 2. Novembro de 2017.

<sup>38</sup> WHISH, Richard; BAILEY, David. “Competition Policy”. 7. ed., Oxford, UK: Oxford University Press, 2012, p. 562.

pelos próprios algoritmos a partir da autoaprendizagem ou *machine learning*, como acima explicitado)<sup>39-40</sup>.

De modo geral, um amplo e disseminado uso desses tipos de algoritmos, e por mais de um agente ou cadeia de produtos ou serviços, tende a aumentar os riscos a ele associados - podem gerar interdependência. Todavia, o nível de exigência de evidências para cada um deles poder configurar uma conduta anticompetitiva é distinto, sendo o último caso de maior complexidade de comprovação. Isso porque não fica claro se houve motivação e quem deveria ser responsabilizado pela atividade do algoritmo<sup>41</sup>.

O Cade também já externalizou, recentemente, certa preocupação a respeito da possibilidade de plataformas serem utilizadas para fins anticompetitivos similares.

A Consulta nº 08700.002055/2021-10, apresentada pela Ipiranga Produtos de Petróleo S.A. (“Ipiranga”) em 22 de abril de 2021, no contexto dos mercados de distribuição e de revenda de combustíveis líquidos no Brasil. A consulta teve por escopo obter posicionamento do Cade quanto à conformidade concorrencial sobre a ferramenta informatizada de inteligência de mercado para calcular preços de forma racional, notadamente em um contexto de oscilações imprevisíveis. A partir de informações públicas e proprietárias da Ipiranga.

Segundo a Consulente na Consulta protocolada<sup>42</sup>:

---

<sup>39</sup> EZRACHI, Ariel. STUCKE, Maurice E., “*Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*”. Publicado em: 8 de abril de 2015. University of Illinois Law Review, Vol. 2017, 2017, Oxford Legal Studies Research Paper No. 18/2015, University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 267, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2591874>. Acesso em: 18 de agosto de 2022.

<sup>40</sup> COELHO, Maria Camilla Arnez Ribeiro. “*Algoritmos, Colusão e “Novos Agentes”*: os quatro cenários de Stucke e Ezrachi sob a ótica da legislação antitruste brasileira”. In: MACEDO, Agnes et al. (Org.). *Mulheres no Antitruste I*. Organização: Agnes Macedo de Jesus, Amanda Athayde, Isabela Maiolino, Juliana Oliveira Domingues, Leonor Cordovil e Mylena Augusto de Matos. São Paulo: Editora Singular, 2018. Disponível em: [https://www.womeninantitrust.org/\\_files/ugd/0a4ea1\\_579c53c4ba024300851d6348628b612c.pdf](https://www.womeninantitrust.org/_files/ugd/0a4ea1_579c53c4ba024300851d6348628b612c.pdf). Acesso em 20 de agosto de 2022.

<sup>41</sup> *Idem*.

<sup>42</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Consulta nº 08700.002055/2021-10. Data de julgamento: 30 de junho de 2021. Data de publicação: 07 de julho de 2021. SEI nº 0909639. Voto da Conselheira Paula Azevedo.

O mercado de combustíveis se move de modo cada vez mais ágil, célere, competitivo e agressivo no âmbito da distribuição e revenda. Em meio a esse contexto, emergiu no mercado de tecnologia da informação capaz de analisar grande quantidade de dados, ferramenta já utilizada por outras empresas em diversos outros mercados e, mais recentemente, no varejo de combustível [...] a Ipiranga idealizou a política “Baixou, Ganhou” objetivando a redução simultânea dos preços (de atacado e de varejo) ao sugerir preços máximos ao revendedor, que podem auxiliá-lo a buscar de modo célere a melhor competitividade em seu micromercado. O planejamento da Ipiranga se justifica à luz das diversas falhas de mercado que acometem a cadeia de combustíveis

Nesse sentido, o voto condutor da decisão do Cade conclui que<sup>43</sup>:

A Política idealizada pela Ipiranga é reflexo de um fenômeno mais amplo de digitalização da economia [...] O uso de big data, big analytics, inteligência artificial e algoritmos para simular e estipular variáveis competitivas, como preço, qualidade e personalização de produtos, é uma tendência em ascensão, e não apenas para os mercados digitais baseados na internet, mas também para setores da chamada indústria tradicional.

Nesse cenário, compete aos órgãos reguladores, em geral, e às autoridades da concorrência, em específico, traçar os contornos e limites para o uso dessas tecnologias, uma vez que esse movimento não deverá ser contido ou proibido pela política de defesa da concorrência.

Até mesmo em razão dos benefícios que tais tecnologias introduzem no processo competitivo, o enforcement concorrencial não deve inviabilizar o emprego das novas tecnologias em estratégias comerciais e competitivas, mas, sim, observar e determinar como esses elementos devem ser regrados em prol da inovação, da concorrência e do bem-estar do consumidor.

Em face dessa realidade inescapável, as discussões atuais sobre o uso de algoritmos buscam, de um lado, compreender melhor como esses elementos funcionam e alteram a dinâmica

---

<sup>43</sup>Idem.

competitiva e, de outro, como incorporá-los à análise antitruste, sabendo preservar seus aspectos positivos e conter os negativos

Além disso, foi acrescentado que na oferta os algoritmos auxiliam a aumentar a transparência do mercado, além de serem um incentivo para o aprimoramento de produtos existentes e o desenvolvimento de novos. Os riscos que decorrem do uso do sistema automatizado, se relacionam com a possibilidade de incremento da coordenação e colusão tácita entre agentes, uma vez que os algoritmos poderiam gerar o paralelismo de preços entre postos da bandeira Ipiranga e outros postos na revenda.

A recomendação dada pela Conselheira Relatora é que deveria ser desenvolvido salvaguardas, que *mitiguem as oportunidades para a colusão tácita gerada por algoritmos*. O risco de colusão tácita se daria por meio do uso de algoritmos quando concorrentes utilizassem de um mesmo fornecedor de algoritmo de precificação ou da mesma base de dados para a determinação do preço. Por conseguinte, para mitigar os riscos de colusão em nível intramarca, deveria ser assegurado a individualização da sugestão de preços máximos por meio do uso de dados que personalizem a oferta dos preços e descontos para o posto revendedor.

Em nível intermarca, a Ipiranga deveria fazer uso exclusivo do algoritmo e que a base de dados empregada não seja compartilhada com rivais para que a principal variável competitiva – a incerteza sobre a estratégia do concorrente – fosse preservada.

### 3.3. *Demais condutas relevantes*

Além da colusão tácita, existe o risco de fechamento de mercado e discriminação por meio do uso do *blockchain* e do metaverso. Fechamento de mercado e discriminação são condutas restritivas e unilaterais que visam impedir o acesso de concorrentes a clientes e/ou insumos de mercado (tanto na cadeia a montante quanto na cadeia a jusante). Importa destacar que estas são práticas exclusionárias e não colusivas – o que significa que devem ser analisadas pela regra da razão para que sejam comprovados eventuais efeitos anticompetitivos decorrentes delas.

O *fechamento de mercado* é uma conduta realizada por um agente econômico com posição dominante que visa impedir ou dificultar o acesso de novos entrantes a determinado mercado relevante. Destaca-se que a posição dominante deve ser verificada por meio da participação de mercado do agente – caso esta seja superior a 20%, o Cade presume a

posição dominante no mercado<sup>44</sup>. O fechamento de mercado é comumente atingido por práticas como imposição de cláusula de exclusividade, recusa de contratar (ou recusa de venda), *self-preferencing* e aumento de barreiras à entrada por acúmulo de dados de usuários. De acordo com Paulo Furquim (2010)<sup>45</sup>:

Por meio de contratos de exclusividade, fixação de preço de revenda ou outras formas de restrição vertical, uma empresa pode mitigar a concorrência a montante e a jusante e, com isso, impedir a entrada de concorrentes no mercado em que já gozava de lucro de monopólio. Esta estratégia ficou conhecida como fechamento de mercado, sendo a principal base para a repressão a condutas que tenham por instrumento restrições verticais.

Especialmente com relação a plataformas digitais e novas tecnologias, Kira e Coutinho (2021) entendem que novas teorias do dano podem derivar de tecnologias disruptivas. Dentre tais teorias, destaca-se o *self-preferencing* – *i.e.*, situações nas quais uma empresa dominante dá preferência aos seus próprios produtos ou serviços em detrimento dos produtos de empresas concorrentes, seja no mercado à jusante ou em mercados relacionados por ela controlados.<sup>46</sup>

De forma semelhante, a discriminação pode ocorrer quando um agente econômico estabelece preços ou condições comerciais diferenciadas entre adquirentes e fornecedores de produtos ou serviços, que estão em condições semelhantes ou equiparáveis. As formas de discriminação são variadas mas, majoritariamente, ocorrem pelo estabelecimento de preços diferenciados, condições de venda, prazo de entrega, descontos, bonificações e/ou outras diversas modalidades.

---

<sup>44</sup> BRASIL, Lei nº 12.529 de 2011. "Lei de Defesa da Concorrência". Artigo 61, caput. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estrutura%20o,consumidores%20e%20repress%C3%A3o%20ao%20abuso](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estrutura%20o,consumidores%20e%20repress%C3%A3o%20ao%20abuso). Acesso em: 04 de agosto de 2022.

<sup>45</sup> De AZEVEDO, Paulo Furquim. "*Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: a experiência Brasileira*". In "Escola de Economia de São Paulo: Textos para Discussão". Ed. 264. Julho de 2010.

<sup>46</sup> SOUSA, Pedro Caro de. "*What shall we do about self-preferencing?*" Competition Policy International, 24 jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3w3mxiL>. Acesso em: 10 de agosto de 2022.

Em termos práticos, o Cade investigou o mercado de *blockchain*, criptoativos e serviços no contexto de supostas condutas anticompetitivas de fechamento de mercado e discriminação contra corretoras de criptoativos.

O Inquérito Administrativo nº 08700.003599/2018-95 foi instaurado por meio de denúncia formulada pela Associação Brasileira de Criptoativos e Blockchain (“ABCB” ou “Representante”) contra o Banco do Brasil S/A (“BB”), Banco Bradesco S/A (“Bradesco”), Banco Inter S/A (“Inter”), Banco Itaú Unibanco S.A. (“Itaú”), Banco Santander S/A (“Santander”) e Banco Cooperativo Sicredi S/A (“Sicredi”) (em conjunto, os “Representados”). A ABCB alega, em suma, que os Representados estariam limitando e/ou dificultando o acesso de corretoras de criptomoedas ao sistema bancário<sup>47</sup>. Segundo a ABCB, “*vários grandes bancos brasileiros de varejo, de forma totalmente arbitrária, imotivada, anticompetitiva e lesiva aos empreendedores desse segmento de negócios, tem encerrado unilateralmente contas ou se recusado a abri-las*”<sup>48</sup>.

A Representante entende que o acesso a uma conta corrente é insumo essencial para qualquer empresa, especialmente aquelas que se dedicam a operações financeiras (compra e venda de moedas e ativos, no caso), e que uma série de corretoras de criptomoedas estariam sendo afetadas pelas condutas denunciadas. Dessa forma, a SG investigou se houve indícios de infração à ordem econômica por meio de (i) fechamento imotivado de contas correntes de corretoras de criptoativos, de forma unilateral, pelos Representados e (ii) recusa de abertura de conta corrente pelas corretoras de criptomoedas.

A SG relata que os Representados alegaram uma suposta incompatibilidade entre a movimentação financeira e a atividade econômica das corretoras de criptomoedas como justificativa para as condutas de encerramento de conta corrente, argumentando que isso seria um indicativo de irregularidades nas atividades das corretoras.

---

<sup>47</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo nº 08700.003599/2018-95. Data de publicação: 21 de julho de 2022. Data de julgamento: 25 de julho de 2022. SEI nº 1092582. Diogo Thomson de Andrade, Superintendente-Geral substituto.

<sup>48</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo nº 08700.003599/2018-95. Data de publicação: 21 de julho de 2022. Data de julgamento: 25 de julho de 2022. SEI nº 0483963. Diogo Thomson de Andrade, Superintendente-Geral substituto.

No entanto, a SG entendeu que as contas correntes não constituem insumo essencial para a atividade das corretoras – e que, ainda que o fosse, as corretoras de criptoativos não estão adstritas exclusivamente aos Representados. a SG ainda entendeu que os Representados não detêm poder de mercado e que existem justificativas econômicas, pela regra da razão, para a recusa de contratar (*i.e.*, como o risco de responsabilização cível e penal dos bancos em admitir clientes que não cumprem os critérios de segurança exigidos pelo Sistema Financeiro Nacional)<sup>49</sup>. Assim, a SG decidiu pelo arquivamento do Inquérito Administrativo.

Quanto às autoridades concorrenciais no mundo, o *Federal Trade Commission* (“FTC”), órgão que compõe o sistema de defesa da concorrência dos Estados Unidos, ajuizou ação, em 27 de julho de 2022, para impedir temporariamente a compra, pela Meta (Facebook), da *Within*. O aplicativo em questão tem como objetivo levar o mercado de atividades físicas para dentro da realidade virtual.

O FTC afirma que a Meta está usando a operação para construir um império de realidade virtual e o processo está focado na suposta intenção da empresa de monopolizar o mercado de aplicativos de *fitness* de realidade virtual

Além disso, no final de 2020, o FTC processou a Meta para desfazer as aquisições do Instagram e WhatsApp (respectivamente em 2012 e 2014)<sup>50</sup>, sob a alegação de que a empresa agiu ilegalmente para manter o monopólio no mercado de redes sociais.

O FTC também emitiu um relatório ao Congresso alertando sobre o uso de inteligência artificial para combater problemas virtuais e instando os formuladores de políticas a terem “grande cautela” ao confiar nele como uma solução política. Na legislação promulgada em 2021, o Congresso dos Estados Unidos instruiu a Comissão a examinar maneiras pelas quais a IA “*pode ser usada para identificar, remover ou tomar*

---

<sup>49</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo nº 08700.003599/2018-95. Data de publicação: 21 de julho de 2022. Data de julgamento: 25 de julho de 2022. SEI nº 0699660. Diogo Thomson de Andrade, Superintendente-Geral substituto.

<sup>50</sup> Espera-se que o caso seja julgado no final de 2023.

*qualquer outra ação apropriada necessária para resolver” vários “danos online” especificados”.*<sup>51</sup>

No mesmo sentido, a Comissão Europeia (“CE”) também vem prestando maior atenção às atividades da Meta. Margrethe Vestager, Comissária Europeia de Economia Digital e Sociedade, expressou que as futuras aquisições e operações societárias da Meta devem sofrer maior escrutínio por parte da Comissão Europeia.<sup>52</sup> A CE entende que a criação um único ambiente de realidade virtual abrangente pode representar novos obstáculos para os reguladores antitruste.<sup>53</sup>

No que se refere a Inteligência Artificial no Brasil, a Coordenadora Geral de Análise Antitruste 2, Ana Sofia Cardoso Monteiro, mencionou em evento realizado com o Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (“IBRAC”) que, no Ato de concentração n° 08700.006138/2021-70<sup>54</sup>, SG analisou a operação com o auxílio do Sistema Cérebro.

Em suma, a Operação tratou da aquisição, pela Vitru Brasil Empreendimentos, Participações e Comércio S.A (“Vitru”), das atividades da Centro de Ensino Superior de Maringá Ltda. (“UniCesumar”). A Operação afetou o mercado de educação superior à distância.

Na análise de probabilidade de exercício de poder de mercado (*i.e.*, avaliação de condições de entrada de novos concorrentes e rivalidade), o Cérebro auxiliou a SG a desenvolver filtros para a redução do total de mercados afetados pela operação. Isto porque, no total, foram atingidos mais de 3.000 mercados relevantes pela Operação. Assim, o próprio Cade se utiliza de ferramentas de Inteligência Artificial para resoluções de casos com grandes números de dados.

---

<sup>51</sup> “*FTC Report Warns About Using Artificial Intelligence to Combat Online Problems*”. Federal Trade Commission. 16 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2022/06/ftc-report-warns-about-using-artificial-intelligence-combat-online-problems>. Acesso em: 21 de agosto de 2022.

<sup>52</sup> Politico. “*Vestager: Metaverse poses new competition challenges*”. 18 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.politico.eu/article/metaverse-new-competition-challenges-margrethe-vestager/>. Acesso em: 21 de agosto de 2022.

<sup>53</sup> Idem.

<sup>54</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Superintendência Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração n° 08700.006138/2021-70. Data de julgamento: 29 de abril de 2022. Data da publicação: 02 de maio de 2022. Alexandre Barreto de Souza, Superintendente-Geral.

## 5. Conclusão

Diante do exposto, é possível concluir que, ainda que as tecnologias disruptivas tratadas acima sejam inovadoras, os possíveis riscos antitruste decorrentes delas são bem conhecidos. Plataformas como *blockchain*, metaverso e inteligência artificial são operadas por agentes econômicos racionais de mercado, que buscam, invariavelmente, maximizar seu lucro.

Assim, condutas tidas como anticompetitivas, como *killer acquisitions* – tradicionais no mercado farmacêutico – podem ser adaptadas e realizadas no contexto do metaverso, por exemplo. Ainda, colusões tácitas são viáveis e factíveis por meio do *blockchain* e da inteligência artificial (por mecanismos de *deep learning* e *machine learning*).

O fechamento de mercado e a discriminação também podem ser viabilizados por estas tecnologias por meio de cláusulas de exclusividade, recusa de venda ou de contratação, ou criação de barreiras à entrada de novos players nos mercados.

Dessa forma, é possível reiterar a seguinte analogia: as tecnologias disruptivas podem expressar o “mundo invertido” de Hawkins. O que ocorre no mundo do tradicional Direito Concorrencial é replicável – e efetivamente replicado – às novas tecnologias (ou o mundo invertido). Podemos, portanto, questionar, conseqüentemente, se o Direito Concorrencial realmente está despreparado para lidar com a competição em novos mercados, ou se esta é apenas uma questão de adaptação de conceitos já existentes e já sedimentados.

## 6. Referências

BRASIL, Lei nº 12.529 de 2011. "Lei de Defesa da Concorrência". Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estrutur%20o,consumidores%20e%20repress%C3%A3o%20ao%20abuso.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estrutur%20o,consumidores%20e%20repress%C3%A3o%20ao%20abuso.)

Acesso em 07 de junho de 2022.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. "Documento de Trabalho nº 005/2020". Disponível em:

<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes->

[dee/DocumentodeTrabalho5\\_Concorrenciaemmercadosdigitaisumarevisadosrelatoriosespecializados.pdf](#). Acesso em 22 de agosto de 2022.

COELHO, Maria Camilla Arnez Ribeiro. “*Algoritmos, Colusão e “Novos Agentes”*: os quatro cenários de Stucke e Ezrachi sob a ótica da legislação antitruste brasileira”. In: MACEDO, Agnes et al. (Org.). *Mulheres no Antitruste I*. Organização: Agnes Macedo de Jesus, Amanda Athayde, Isabela Maiolino, Juliana Oliveira Domingues, Leonor Cordovil e Mylena Augusto de Matos. São Paulo: Editora Singular, 2018. Disponível em:

[https://www.womeninantitrust.org/\\_files/ugd/0a4ea1\\_579c53c4ba024300851d6348628b612c.pdf](https://www.womeninantitrust.org/_files/ugd/0a4ea1_579c53c4ba024300851d6348628b612c.pdf). Acesso em 20 de agosto de 2022.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Superintendência-Geral do Conselho de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.002761/2020-72 PARECER Nº 21/CGAA4/SGA1/SG/CADE. Ato de Concentração nº 08700.002761/2020-72. Data de julgamento: 23 de dezembro de 2020. Data de publicação: 24 de dezembro de 2020. SEI nº 0847953. Patricia Alessandra Morita Sakowski, Superintendente-Geral substituta.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14. Data de julgamento: 18 de outubro de 2017. Data da Publicação: 24 de outubro de 2017. SEI nº 0400555. Voto do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Superintendência Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.006138/2021-70. Data de julgamento: 29 de abril de 2022. Data da publicação: 02 de maio de 2022. Alexandre Barreto de Souza, Superintendente-Geral.

CRAUTHERS, Robin S.; PFLOCK, Thomas Martin; ROSENBERG, Zeke. *Antitrust: Into the Metaverse*. Disponível em: <https://www.wsg.com/en/insights/antitrust-into-the-metaverse.html>. Acesso em: 05 de abril de 2022.

CUNNINGHAM, Colleen; EDERER, Florian; MA, Song. “*Killer Acquisitions*”. (12.09.2018, revisada em 22 de abril 2020). *Journal of Political Economy*, Vol. 129, No. 3, pp. 649–702, March 2021. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3241707](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3241707). Acesso em: 21 de agosto de 2022.

DE AZEVEDO, Paulo Furquim. “Restrições Verticais e Defesa da Concorrência: a experiência Brasileira”. In “Escola de Economia de São Paulo: Textos para Discussão”. Ed. 264. Julho de 2010.

DOS SANTOS, Flávia Chiquito. “Quando o simples é sofisticado: clareza na tipificação de cartéis e na interpretação da regra per se”. Revista de Defesa da Concorrência, vol. 5, nº 2. Novembro de 2017.

DRESCHER, Daniel. “Blockchain Básico: Uma introdução não técnica em 25 passos”. São Paulo: Novatec, 2018.

EZRACHI, Ariel. STUCKE, Maurice E., “Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition”. Publicado em: 8 de abril de 2015. University of Illinois Law Review, Vol. 2017, 2017, Oxford Legal Studies Research Paper No. 18/2015, University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 267, Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2591874>. Acesso em: 18 de agosto de 2022.

“FTC Report Warns About Using Artificial Intelligence to Combat Online Problems”. Federal Trade Commission. 16 de junho de 2022. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2022/06/ftc-report-warns-about-using-artificial-intelligence-combat-online-problems>. Acesso em: 21 de agosto de 2022.

GHAFFARY, Shirin; MORRISON, Sara. *Can Facebook monopolize the metaverse?* Disponível em: <https://www.vox.com/recode/22933851/meta-facebook-metaverse-antitrust-regulation>. Acesso em: 05 de abril de 2022.

HEMPHILL, C. Scott; WU, Tim. “Nascent Competitors”. University of Pennsylvania Law Review, Vol. 168, p. 1879, 2020. Disponível em: [https://scholarship.law.columbia.edu/faculty\\_scholarship/2661/](https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2661/). Acesso em 22 de agosto de 2022.

IBM. “Artificial Intelligence (AI)”. Disponível em: <https://www.ibm.com/cloud/learn/what-is-artificial-intelligence>. Acesso em 26 de julho de 2022.

JAMISON, Mark. *The Federal Trade Commission should not seek to regulate the metaverse.* Disponível em: <https://www.aei.org/technology-and-innovation/the-ftc-should-not-seek-to-regulate-the-metaverse/>. Acesso em: 05 de abril de 2022.

KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. “Ajustando As Lentes: Novas Teorias Do Dano Para Plataformas Digitais”. Revista de Defesa da Concorrência, vol. 9, nº 1. Junho de 2021.

LEXOLOGY. “*Antitrust Enforcers Enter the Metaverse*”. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=99eb485b-0e45-451b-b2b5-4ba35a5c2971>. Acesso em 21 de agosto de 2022.

LICKLIDER, J.C.R.; CLARK, W. Clark, “*On-Line Man Computer Communication*”. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/On-line-man-computer-communication-Licklider-Clark/c8368c91e8c3636e287891d5f0c1301beacb7ec2>. Acesso em: 20 de agosto de 2022.

META, Founder’s Letter 2021. Disponível em: <https://about.fb.com/news/2021/10/founders-letter/>. Acesso em 21 de agosto de 2022.

NAKAMOTO, Satoshi. “*Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*”. Publicado em 24/05/2009. Disponível em: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>. Acesso em 04 de agosto de 2022.

“*Metaverso: tudo sobre o mundo virtual que está chamando a atenção dos investidores*”. Infomoney. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/guias/metaverso/>. Acesso em 22 de agosto de 2022.

“*Metaverse may be \$800 billion market, next tech platform*”. Bloomberg. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/professional/blog/metaverse-may-be-800-billion-market-next-tech-platform/>. Acesso em: 21 de Agosto de 2022.

Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações - Secretaria de Empreendedorismo e Inovação “*Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial – EBIA*”. Disponível em: [https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivosinteligenciaartificial/ebia-documento\\_referencia\\_4-979\\_2021.pdf](https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/transformacaodigital/arquivosinteligenciaartificial/ebia-documento_referencia_4-979_2021.pdf). Acesso em: 26 de julho de 2022.

OLIVEIRA, Paula Camara B.; ALMEIDA, Paloma Caetano; PRADO, Bruna Silvestre. “*Análise Comparativa de Eficiências no Contexto de Condutas Unilaterais e Verticais*”. In “*Concorrência: um olhar contemporâneo sobre condutas unilaterais*”. 1ª ed – São Paulo: Editora Singular, 2021

“*O que é Web 3.0 e como ela se relaciona com o mercado de criptoativos*”. Infomoney. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/guias/web-3-0-e-criptoativos/>. Acesso em: 20 de agosto de 2022.

ORACLE. “O que é inteligência artificial (IA)? Saiba mais Sobre Inteligência Artificial”. Disponível em: <https://www.oracle.com/br/artificial-intelligence/what-is-ai/>. Acesso em: 26 de julho de 2022.

ORACLE. “Data Science Service”. Disponível em: <https://www.oracle.com/br/artificial-intelligence/data-science/>. Acesso em: 21 de agosto de 2022.

PETROSYAN, Grant. *Antitrust Enforcers Enter the Metaverse*. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=99eb485b-0e45-451b-b2b5-4ba35a5c2971>. Acesso em: 05 de abril de 2022.

Político. “Vestager: Metaverse poses new competition challenges”. 18 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.politico.eu/article/metaverse-new-competition-challenges-margrethe-vestager/>. Acesso em: 21 de agosto de 2022.

“Projeto cria marco legal para uso de inteligência artificial no Brasil”. Agência Câmara de Notícias. Brasília, 04 de março de 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/641927-projeto-cria-marco-legal-para-uso-de-inteligencia-artificial-no-brasil/>. Acesso em: 27 de julho de 2022.

ROSA, Giovanni Santa. “Lei da inteligência artificial no Brasil: entenda o projeto aprovado na Câmara”. Tecnoblog. Disponível em: <https://tecnoblog.net/especiais/lei-da-inteligencia-artificial-no-brasil-entenda-o-projeto-aprovado-na-camara/>. Acesso em: 27 de julho de 2022.

SOUSA, Pedro Caro de. “What shall we do about self-preferencing?”. Competition Policy International, 24 jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3w3mxiL>. Acesso em: 10 de agosto de 2022.

VOX. “Can Facebook monopolize the metaverse?”. Disponível em: <https://www.vox.com/recode/22933851/meta-facebook-metaverse-antitrust-regulation>. Acesso em 22 de agosto de 2022.

WHISH, Richard; BAILEY, David. “Competition Policy”. 7. ed., Oxford, UK: Oxford University Press, 2012, p. 562.

## 7. INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO DA CONCORRÊNCIA

### 7. *ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND ANTITRUST LAW*

*Giovanna de Amorim Freitas*

**Resumo:** Os sistemas de Inteligência Artificial (IA) se tornaram instrumentos essenciais ao sucesso da atividade empresarial. Se, por um lado, não há dúvidas quanto à capacidade dessa ferramenta em beneficiar os agentes envolvidos e promover inovações, por outro, preocupa-se com a sua potencialidade em gerar vantagens anticoncorrenciais alheias ao escopo jurídico antitruste. Diante desse dilema, examinam-se as suas repercussões quanto ao Direito da Concorrência e intercessão com o Projeto de Lei nº 21/2020.

**Palavras-chave:** sistemas de inteligência artificial; Direito da Concorrência; PL 21/2020.

**Abstract:** Artificial Intelligence (AI) systems have become essential tools for the success of business activity. If, on the one hand, there is no doubt about the ability of this tool to benefit the agents involved and promote innovations, on the other hand, there is concern about its potential to generate anticompetitive advantages outside the antitrust legal scope. Given this dilemma, we examine its repercussions on Competition Law and its intercession with Bill No. 21/2020.

**Keywords:** artificial intelligence systems; Competition Law; PL 21/2020.

### 1. Introdução

Os sistemas de Inteligência Artificial, indicados pelo acrônimo IA, estão cada vez mais difundidos nos setores da sociedade, integrando ao cotidiano o uso de ferramentas com tecnologias avançadas, como assistentes virtuais, veículos autônomos, algoritmos de precificação, dentre tantas outras funcionalidades realizadas de forma mais célere e mais eficiente.

Esses estudos direcionados a desenvolver sistemas computacionais capazes de realizar funções até então próprias aos humanos, despertaram relevante interesse das instituições acadêmicas, dos poderes públicos, mas principalmente dos agentes econômicos, sobretudo na esfera privada, que passaram a investir consideravelmente em seu aprimoramento, com o propósito de conferir maior assertividade às atividades empresariais.

Como consequência, observa-se uma mudança no cenário competitivo, decorrente desse protagonismo empresarial, que passou a operar e tomar decisões comerciais por meio de estratégias diferentes. Em que pese o desconhecimento sobre qualquer estudo que indique a proporção desse fenômeno, o testemunho do dia a dia coloca em evidência o quanto as empresas têm se valido desses sistemas computacionais para melhorar suas avaliações de preços, prever tendências de mercado e otimizar tantas outras tarefas necessárias à prática comercial.

Agilidade, acessibilidade, qualidade são alguns dos benefícios que se relacionam claramente com esse fenômeno, que não deixa dúvidas quanto a sua eficiência no que concerne aos interesses das empresas e dos consumidores. Não obstante, levanta em iguais proporções preocupações quanto à livre concorrência, haja vista, o possível comportamento anticompetitivo que pode assumir, de forma expressa ou tácita, seja em razão do seu uso irresponsável, seja pela atuação autônoma de sistemas mais sofisticados, com o fim de promover condutas colusivas favoráveis às empresas destituídas ou de difícil identificação de qualquer acordo formal ou interação humana.

Diante dessa conjuntura, as autoridades têm se organizado para emitir recomendações, diplomas e outros instrumentos normativos no intuito de endereçar a utilização responsável dos sistemas de IA e elidir os riscos à ordem econômica e social. Em paralelo a esse movimento, o legislador brasileiro editou o Projeto de Lei nº 21, apresentado no dia 4 de fevereiro de 2020 na Câmara dos Deputados, pretendendo estabelecer princípios, direitos, deveres, dentre outras providências para a regulamentação do uso responsável dos sistemas de IA no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao explorar essas questões, o presente artigo pretende examinar as repercussões do uso dos sistemas de IA no Direito da Concorrência, calcado no equilíbrio da livre iniciativa e da livre concorrência e, então, avaliar se o Projeto de Lei introduz essa configuração normativa no que se pretende ser o marco legal da IA no Brasil. Objetiva-se responder ao seguinte questionamento: o Projeto de Lei nº 21/2020 endereça adequadamente os desafios regulatórios da Inteligência Artificial em perspectiva com as normas constitucionais do Direito da Concorrência?

Em se tratando de metodologia, este trabalho se valeu da revisão bibliográfica de doutrinas, artigos e outros textos nacionais, utilizando-se também da leitura de relevantes documentos internacionais, dado o caráter transnacional que cerca o tema proposto, e claro debruçando-se sobre o exame do PL 21/2020, bem como sobre as contribuições feitas em relação a sua interpretação até este momento.

Para a exposição desse estudo, o presente artigo está estruturado em quatro capítulos, além desta introdução. No primeiro pretende-se demonstrar a relevância dos sistemas de IA na economia de mercado, no segundo examina-se a influência que esses sistemas exercem sobre a competitividade e a livre concorrência, o terceiro capítulo trata do escopo das normas constitucionais do Direito da Concorrência e levanta a hipótese acerca da sua relevância para o direcionamento das iniciativas regulatórias dos sistemas de IA, por fim, o quarto aponta os principais aspectos do PL 21/2020 e reflete as interpretações quanto a correspondência deste em relação aos preceitos concorrenciais. Por último, são feitas as considerações finais, oportunidade na qual as questões trazidas ao longo do texto serão sintetizadas para a condução do raciocínio alcançado através deste estudo.

## 2. Os sistemas de Inteligência Artificial

Inteligência Artificial é a denominação de uma área de conhecimento específica<sup>1</sup>, que se consolidou a partir das investigações de formas para simular a cognição humana através de programações computacionais<sup>2</sup>. Não é, portanto, um produto, serviço ou ferramenta,

---

<sup>1</sup> Fundação Getulio Vargas (FGV). **Marco legal da inteligência artificial - Nota técnica sobre o Projeto de Lei 21/2020**. Coordenação: Luis Felipe Salomão. FGV Conhecimento: centro de inovação, administração e pesquisa do Judiciário. 2020.

<sup>2</sup> Segundo o *Government Accountability Office* dos Estados Unidos (2018), as discussões iniciais acerca da Inteligência Artificial datam de um *workshop* em

como tem sido trivialmente relacionada, mas sim um campo de pesquisa com programa multidisciplinar. Nas palavras do matemático e membro do parlamento francês Cédric Villani<sup>3</sup>:

Assim, a IA surge na encruzilhada de várias disciplinas: informática, matemática (lógica, otimização, análise, probabilidades, álgebra linear), ciências cognitivas... sem esquecer o conhecimento especializado das áreas a que pretendemos aplicá-la. E os algoritmos que a sustentam são baseados em abordagens igualmente variadas: análise semântica, representação simbólica, aprendizagem estatística ou exploratória, redes neurais, etc. (tradução livre)

Assim, entende-se que as questões jurídicas e econômicas relacionadas reportam-se não à IA em si, mas a forma como o conhecimento advindo dela é aplicado no quotidiano da vida em sociedade, tendo em vista o seu recente sucesso, impulsionado por alguns fatores principais, tal qual a própria evolução metodológica da área e o decréscimo dos custos computacionais agregado à alta capacidade de armazenar e processar dados<sup>4</sup>.

Atualmente, observa-se que os sistemas de IA, retratados em inúmeros cenários futurísticos, já não são mera inspiração, visto que assumem real interferência em diversos aspectos do corpo social. As perspectivas quanto a sua atuação são, inclusive, mais ambiciosas, pois mais que simular a cognição humana, espera-se que as tecnologias advindas dos conhecimentos da IA possam gerar resultados e tomar

---

*Darmouth College*, organizado por John McCarthy em 1956, com o objetivo de explorar como as máquinas podiam ser usadas para simular a inteligência humana.

<sup>3</sup> “Ainsi l’IA vient au carrefour de plusieurs disciplines: informatique, mathématique (logique, optimisation, analyse, probabilités, algèbre linéaire), sciences cognitives... sans oublier les connaissances spécialisées des domaines auxquelles on souhaite l’appliquer. Et les algorithmes qui la sous-tendent reposent sur des approches tout aussi variées: analyse sémantique, représentation symbolique, apprentissage statistique ou exploratoire, réseaux de neurones, etc.” VILLANI, Cédric. **Donner un sens à l’intelligence artificielle: pour une stratégie nationale et européenne**. 2018. Disponível em: <https://www.aiforhumanity.fr>. Acesso em 15 ago. 2022.

<sup>4</sup> No artigo “Inteligência Artificial” (2019), Nilton Correia da Silva, afirma que as estatísticas de evolução temporal da inteligência artificial avançaram a partir do final dos anos 1990, impulsionada pela própria evolução metodológica da área, pelo decréscimo dos custos computacionais e pela crescente disponibilidade de dados multimídias, armazenamento, e poder de processamento.

decisões que superem a racionalidade dos seres humanos<sup>5</sup>.

Salienta-se que as abordagens das tecnologias desenvolvidas sob o conhecimento da IA são variadas, sendo possível identificar eventuais classificações. Frequentemente, os sistemas de IA são ramificados em restrito e geral. O sistema restrito refere-se a aplicações que fornecem conhecimentos específicos de um produto, domínio ou conclusão de tarefas; ao passo que o sistema geral se refere a uma programação capaz de interagir em uma gama de contextos, pelo que é comparável ou superior a cognição de um humano.<sup>6</sup> De forma geral, as classificações denotam a complexidade e o grau de autonomia das programações, o que permite uma análise mais precisa das potencialidades de cada tecnologia.

Em que pese as maiores expectativas estarem direcionadas à capacidade da IA em desenvolver sistemas aptos a mimetizar o contínuo aprendizado do cérebro humano, outras ferramentas oriundas dessa área já estão em plena execução e têm impactado a sociedade em proporções relevantes, como indica o Relatório elaborado pelo Gabinete de Responsabilização do Governo dos Estados Unidos<sup>7</sup>.

Nas considerações prefaciais do Relatório<sup>8</sup> há uma reflexão sobre

---

<sup>5</sup> VILLANI, Cédric. Donner un sens à l'intelligence artificielle: pour une stratégie nationale et européenne. 2018. Disponível em: <https://www.aiforhumanity.fr>. Acesso em 15 ago. 2022.

<sup>6</sup> GAO-GOV. United States Government Accountability Office. Artificial Intelligence. Emerging Opportunities, Challenges and Implications. 2018. Disponível em: <https://www.gao.gov/assets/gao-18-142sp.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.

<sup>7</sup> GAO-GOV. United States Government Accountability Office. Artificial Intelligence. Emerging Opportunities, Challenges and Implications. 2018, p. 15. Disponível em: <https://www.gao.gov/assets/gao-18-142sp.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.

<sup>8</sup> “According to experts, artificial intelligence (AI) holds substantial promise for improving human life and economic competitiveness in a variety of capacities and for helping to solve some of society’s most pressing challenges. At the same time, however, AI poses new risks and has the potential to displace workers in some sectors, requires new skills and adaptability to changing workforce needs, and could exacerbate socioeconomic inequality. In recent years, significant public and private sector resources have been invested in the development of AI products and services. Accompanying a high demand for people with expertise in AI, investment of human capital in learning about AI techniques and developing skills in AI has been significant.” GAO-GOV. United States Government Accountability Office. Artificial Intelligence. Emerging Opportunities, Challenges and Implications. 2018, p. 3. Disponível em: <https://www.gao.gov/assets/gao-18-142sp.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.

esse cenário, conforme o seguinte excerto:

De acordo com os peritos, a inteligência artificial (IA) tem uma promessa substancial para melhorar a vida humana e a competitividade econômica numa variedade de capacidades e para ajudar a resolver alguns dos mais urgentes desafios da sociedade. Ao mesmo tempo, porém, a IA apresenta novos riscos e tem o potencial para deslocar trabalhadores em alguns setores, requer novas competências e adaptabilidade à evolução das necessidades de mão-de-obra, podendo exacerbar a desigualdade socioeconômica. Nos últimos anos, foram investidos importantes recursos públicos e privados no desenvolvimento de produtos e serviços de IA. Acompanhando uma grande procura de pessoas com experiência em IA, o investimento do capital humano na aprendizagem de técnicas de IA e no desenvolvimento de competências em IA tem sido significativo. (tradução livre)

Em paralelo a esse cenário, o uso da IA pelos agentes econômicos têm se tornado cada vez mais difundido, dadas as vantagens auferidas com a utilização de mecanismos sofisticados de IA<sup>9</sup> para angariar mais mercado e, conseqüentemente, mais lucratividade<sup>10</sup>. Sobressalta a essa alta performance tecnológica a possibilidade de a IA servir como um catalisador da qualidade do ato de decisão feita por um *player* e, na maior das hipóteses, adquirir autonomia integral para tomar decisões que envolvam risco de comércio<sup>11</sup>.

Destarte, a aplicação de sistemas de IA no mercado, através das predições e otimizações dos processos, corrobora com o aperfeiçoamento

---

<sup>9</sup> GAO-GOV. United States Government Accountability Office. **Artificial Intelligence. Emerging Opportunities, Challenges and Implications.** 2018. Disponível em: <https://www.gao.gov/assets/gao-18-142sp.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.

<sup>10</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Ilícitos Concorrenciais Praticados por Sistemas de Inteligência Artificial: da Ficção ao Compliance. *in*, **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade.** (Orgs). FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitilin (Orgs). São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2019.

<sup>11</sup> LIMA, João Mateus Thomé de Souza. Inteligência artificial na competição: os limites da responsabilidade de um agente econômico em função de atos de concentração operados por programas sofisticados de computador no comércio eletrônico brasileiro. **RDC**, Vol. 5, nº 2, Novembro 2017, pp. 5- 29.

das decisões empresariais, o que gera diferenciais competitivos e, ainda, reduz custos de transação<sup>12</sup>. De acordo com a OECD<sup>13</sup>, as análises preditivas conferem para as empresas maior acerto para estimar demandas, prever mudanças de preços, comportamentos, preferências dos clientes, dentre outros aspectos que podem provocar variações de mercado, os quais poderão ser respondidos de modo mais eficiente<sup>14</sup>. Entende-se, portanto, que diferentes vantagens podem ser auferidas, a depender da forma com a qual o conhecimento de IA é empregado, por consequência da programação adotada. Ante essa diversidade Medeiros e Passos<sup>15</sup> mencionam as seguintes funções dos algoritmos num contexto de aprimoramento da atividade empresarial:

Porquanto, a atividade empresarial passa a ser aprimorada por meio de algoritmos com funções de coletar, minerar e lidar com a informação, propor produtos adequados ao perfil de cada consumidor, conforme os padrões fixados pelo algoritmo; ademais, são capazes de fixar a precificação de produtos e serviços de acordo com características do consumidor, excluir destinatários de determinadas ofertas e realizar escolhas pelo consumidor, após aprendizado baseado no perfil de cada indivíduo ou grupo de indivíduos.

Em termos práticos, as aplicações oriundas da Inteligência

---

<sup>12</sup> MEDEIROS, Heloísa Gomes; PASSOS, Hugo Assis. Colusões algorítmicas: estudo de caso do Processo Administrativo 08012.011791/2010-56 (CADE) - autoescolas e despachantes. **Direito em Movimento** - Ed. Especial, Rio de Janeiro, v. 18 - n. 3, p. 154-175, 2020. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento\\_online/edicoes/volume18\\_numero3/volume18\\_numero3\\_154.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume18_numero3/volume18_numero3_154.pdf). Acesso em: 13 jul. 2022.

<sup>13</sup> Organisation for Economic Cooperation and Development, na tradução literal para Português Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)

<sup>14</sup> Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). **Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age**. 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022

<sup>15</sup> MEDEIROS, Heloísa Gomes; PASSOS, Hugo Assis. Colusões algorítmicas: estudo de caso do Processo Administrativo 08012.011791/2010-56 (CADE) - autoescolas e despachantes. **Direito em Movimento** - Ed. Especial, Rio de Janeiro, v. 18 - n. 3, p. 154-175, 2020. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento\\_online/edicoes/volume18\\_numero3/volume18\\_numero3\\_154.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume18_numero3/volume18_numero3_154.pdf). Acesso em: 13 jul. 2022.

Artificial visam a transferência da resolução de um problema, originalmente solucionado pelos seres humanos, para um sistema computacional<sup>16</sup>, o qual tende a ser mais célere e mais eficiente. Essas vantagens associadas ao mercado digital e ao Big Data propiciam um novo cenário na ordem econômica. Isso porque, como visto anteriormente, os agentes econômicos têm investido no desenvolvimento de ferramentas com abordagens de IA, para otimizar suas produções, no intuito de melhorar os padrões de consumo, de monitorar a concorrência e fazer escolhas racionais mais eficientes<sup>17</sup>.

Nessa perspectiva, entende-se que os sistemas de IA, principalmente os mais sofisticados, são ferramentas essenciais à promoção da competitividade no cenário econômico atual, pois conferem novas estratégias à atividade empresarial para alcançar o êxito e uma posição distinta no mercado.<sup>18</sup>

### 3. Aspectos da Inteligência Artificial na competitividade

Está claro que as tecnologias oriundas da IA ocupam atualmente uma posição relevante no mercado, haja vista tenha se tornado um objeto de interesse das empresas, dada a sua competência em otimizar os processos e conferir maior qualidade ao ato de decisão, elevando o nível de competitividade entre os *players*. Decerto, essa competitividade é acentuada pela liberdade das empresas em promover empreendimentos individuais e, assim, investir no aprimoramento e aquisição de sistemas de IA de acordo com a sua capacidade e estratégia.

O seu desenvolvimento e uso são, portanto, desdobramentos da livre iniciativa, pelo que devem ser tutelados à medida em que incentivam um ambiente de negócio favorável à inovação e, por conseguinte, às

---

<sup>16</sup> Segundo Nilton Correia da Silva (p. 43, 2019), uma vez que tenha um legado histórico de resolução de um tipo de problema de forma manual, esta experiência pode ser modelada e transferida para um sistema computacional.

<sup>17</sup> SAAD-DINIZ, Eduardo; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Ilícitos Concorrenciais Praticados por Sistemas de Inteligência Artificial: da Ficção ao Compliance. *in*, **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. (Orgs). FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitilin (Orgs). São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2019.

<sup>18</sup> LIMA, João Mateus Thomé de Souza. Inteligência artificial na competição: os limites da responsabilidade de um agente econômico em função de atos de concentração operados por programas sofisticados de computador no comércio eletrônico brasileiro. **RDC**, Vol. 5, nº 2, Novembro 2017, pp. 5- 29.

atividades comerciais.

Por outro lado, o emprego da IA na instrumentalização da atividade empresarial suscita preocupações quanto à estabilidade da ordem econômica, dado o potencial que tais tecnologias têm em provocar distorções no mercado. Estudos e casos concretos recentes indicam que diversas abordagens de IA têm sido utilizadas no contexto comercial com vistas a vantagens anticompetitivas<sup>19</sup>. De fato, a inovação das estratégias empresariais empreendida pela transferência da atividade decisória aos algoritmos projetados a partir de IA, como ferramenta auxiliar ou autômata, desafia a ordem concorrencial diante de potenciais, ou efetivas, condutas lesivas à competitividade<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Tradução livre: “[...] à medida que a IA se move do laboratório para os espaços humanos e que os problemas que pedimos à IA para resolver aumentam em complexidade, aumentam também os dados necessários para treinar e testar eficazmente essa IA. Isto pode tornar-se um problema especialmente agudo se certas empresas forem capazes de criar “monopólios de dados” - propriedade dos direitos de dados do setor econômico - e dominar o mercado com comportamento anticoncorrencial. Certas grandes empresas de tecnologia de informação e comunicação já capturaram enormes quotas de utilizadores nos seus segmentos de mercado, e à medida que o número dos seus utilizadores aumenta, estas empresas irão recolher ainda mais dados. Isto permitirá-lhes-á desenvolver uma vantagem ainda maior sobre a sua concorrência. Existe também o risco, segundo os especialistas do nosso fórum, de que um adversário possa comprometer os dados que estão a ser utilizados e resultar em IA a operar de formas indesejáveis.” Texto original: “[...] as AI moves from the laboratory into human spaces, and as the problems we ask AI to solve grow in complexity, so too will the data needed to effectively train and test that AI. This may become an especially acute problem if certain firms are able to create “data monopolies”—data rights ownership of economic sectors—and dominate the market with anticompetitive behavior.16 Certain large information and communication technology firms have already captured tremendous shares of users in their market segments, and as the number of their users increases, these firms will collect even more data. This will allow them to develop an even greater advantage over their competition. There is also a risk, according to experts at our forum, that an adversary could compromise the data being used and result in AI operating in undesirable ways.” GAO-GOV. United States Government Accountability Office. Artificial Intelligence. Emerging Opportunities, Challenges and Implications. 2018, p. 27. Disponível em: <https://www.gao.gov/assets/gao-18-142sp.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.

<sup>20</sup> LIMA, João Mateus Thomé de Souza. Inteligência artificial na competição: os limites da responsabilidade de um agente econômico em função de atos de concentração operados por programas sofisticados de computador no comércio eletrônico brasileiro. RDC, Vol. 5, nº 2, Novembro 2017, pp. 5- 29.

Na perspectiva de Ariel Ezrachi e Maurice Stucke<sup>21</sup>, a IA tem o potencial de alterar substancialmente as formas de colusão reguladas pelo direito da concorrência, razão pela qual exploram quatro cenários nos quais ela pode fomentar práticas concentradas de mercado. No primeiro cenário, (i) funcionaria como um *messenger*, atuando, de fato, como um mensageiro da vontade humana, para implementar e monitorar um acordo expresso entre concorrentes; (ii) no segundo, por sua vez, os algoritmos seriam utilizados em colusões do tipo *hub-and-spoke*, isto é, um mesmo algoritmo seria o responsável por determinar os preços de mercado de agentes concorrentes, com o propósito de promover o aumento dos preços; (iii) já o terceiro cenário sinaliza a execução pelas ferramentas oriundas da IA de um paralelismo consciente sem qualquer acordo prévio, ao que os pesquisadores nomeiam *Predictable Agent*, no qual os algoritmos adotados de forma individual por cada concorrente seriam aptos a codificar, monitorar e ajustar preços continuamente com base nos dados extraídos a partir das variações do mercado; (iv) por último, sob a prenúncia de uma tecnologia mais sofisticada, o quarto cenário enuncia as aplicações da IA no contexto competitivo a partir de decisões autônomas, aptas a maximizar os lucros da empresa, através de abordagens mais complexas, como *machine learning*<sup>22</sup>, capazes de articular diversas estratégias, inclusive

---

<sup>21</sup> EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition. **University of Illinois Law Review**, v. 2017.

<sup>22</sup> Adotando a conceitualização proposta por John Launchbury, no texto A DARPA Perspective on Artificial Intelligence, de 2016, o United States Government Accountability Office descreve a IA como tendo três ondas distintas de desenvolvimento: “The first wave of AI comprises expert or rules-based systems, whereby a computer is programmed based on expert knowledge or criteria and produces outputs consistent with this programming. Software programs that do tax preparation or logistics scheduling are examples of expert systems. In second-wave AI systems, statistical or machine learning begins with data and infers rules or decision procedures that accurately predict specified outcomes—on the basis of the data provided. Recent AI advances based on machine learning have been enabled by the increased availability of large data sets and increased computing power. Self-driving automated vehicles are examples of machine-learning systems. Third-wave AI systems—the future of AI, according to one expert—are conceived as combining the strengths of first- and second-wave AI systems, while also being capable of contextual sophistication, abstraction, and explanation.” Tradução livre: “A primeira onda de IA compreende sistemas especializados ou baseados em regras, em que um computador é programado com base em conhecimentos especializados ou critérios e produz resultados consistentes com esta programação. Programas de software que fazem preparação fiscal ou programação logística são exemplos de sistemas de

anticompetitivas.

As duas primeiras hipóteses — *messenger* e *hub-and-spoke* — registram a potencialidade dos algoritmos em ampliar as formas já conhecidas e reguladas de condutas anticompetitivas<sup>23</sup>. Nessa instância não há desafio de fato ao direito antitruste, eis que os algoritmos apenas funcionam como um meio para a realização do comportamento anticompetitivo humano, fator base da teoria do direito da concorrência<sup>24</sup>.

A título exemplificativo, cita-se um caso representado no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), consubstanciado no Processo Administrativo nº 08012.011791/2010-56, para apuração de prática de cartel, no qual ferramentas de softwares foram utilizadas para promover ajustes anticompetitivos. Em síntese, constatou-se que determinadas autoescolas e despachantes se reuniam com vistas a ajustar a fixação de preços e outras condições comerciais, para o que utilizavam um *software* desenvolvido a partir de uma contratação entre a Associação dos Despachantes de Santa Bárbara D'Oeste (ADESBO) e a empresa Criar Prestadora de Serviços Internet Ltda. A autoridade antitruste identificou no caso em apreço a prática de cartel, infração à ordem econômica prevista no artigo 36, § 3º, inciso I da Lei 12.529/2011, tendo em vista que o software foi utilizado como ferramenta para implementar e monitorar o

---

peritos. Nos sistemas de IA da segunda vaga, a aprendizagem estatística ou automática começa com dados e infere regras ou procedimentos de decisão que prevêm com precisão resultados especificados - com base nos dados fornecidos. Avanços recentes de IA baseados na aprendizagem de máquinas foram possibilitados pela maior disponibilidade de grandes conjuntos de dados e pelo aumento do poder computacional. Os veículos automáticos com auto-aprendizagem são exemplos de sistemas de aprendizagem automática. Os sistemas de IA de terceira onda - o futuro da IA, de acordo com um especialista - são concebidos como combinando os pontos fortes dos sistemas de IA de primeira e segunda ondas, sendo também capazes de sofisticação contextual, abstração, e explicação. GAO-GOV. United States Government Accountability Office. **Artificial Intelligence. Emerging Opportunities, Challenges and Implications.** 2018, p. 27. Disponível em: <https://www.gao.gov/assets/gao-18-142sp.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.

<sup>23</sup> ATHAYDE, Amanda; GUIMARÃES, Marcelo. Bumblebee antitruste? A inteligência artificial e seus impactos no direito da concorrência. *in*, **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade.** (Orgs). FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitilin (Orgs). São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2019.

<sup>24</sup> ATHAYDE, Amanda; GUIMARÃES, Marcelo. Bumblebee antitruste? A inteligência artificial e seus impactos no direito da concorrência. *in*, **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade.** (Orgs). FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitilin (Orgs). São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2019.

cumprimento dos acordos anticompetitivos por parte das empresas envolvidas.<sup>25</sup>

Em seu voto o Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior afirmou que:

Em outras palavras, além de facilitar a uniformização de preços dos serviços prestados pelas autoescolas, o *software* limitava a livre negociação entre a autoescola e o cliente, o que constitui claro falseamento da concorrência punível pela legislação antitruste. Fora tudo isso, que já pode ser considerada uma grave ofensa à livre concorrência, a Criar e a ADESBO utilizavam o *software* para atuar como reguladores privados, bem como para fiscalizar os preços, monitorar a obediência ao cartel e ter acesso à base de clientes de todas as autoescolas.

[...]

Registre-se que a utilização de um sistema *online* de fixação e monitoramento de preços, bem como de controle de condições de negociação e de clientes, torna o presente caso diferente e mais grave que os demais cartéis de autoescolas já julgados pelo CADE. Enquanto esses casos contavam apenas com tabelas de uniformização de preços e compartilhamento de informações sensíveis na sede de entidades de classe do setor, o cartel de autoescolas e despachantes de Santa Bárbara D'Oeste/SP contou com o auxílio e a institucionalização de um *software* desenvolvido e gerenciado pela Criar, o qual extrapolou as finalidades para as quais foi criado e atingiu gravemente a esfera concorrencial da região.<sup>26</sup>

Ilustra-se assim como a utilização irresponsável da tecnologia pode acentuar as práticas de infrações à livre concorrência. É preciso frisar que nas hipóteses em comento não há a completa eliminação de comunicação entre as empresas colusivas, que estarão sujeitas às ferramentas antitruste existentes, aptas a prevenir e sancionar infrações dessa espécie<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> CADE - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo Nº 08012.011791/2010-56.** (SEI 0159349). 2016.

<sup>26</sup> CADE - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Voto Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior – **Processo Administrativo Nº 08012.011791/2010-56.** (SEI 0159349). 2016.

<sup>27</sup> MEDEIROS, Heloísa Gomes; PASSOS, Hugo Assis. Colusões algorítmicas: estudo de caso do Processo Administrativo 08012.011791/2010-56 (CADE) -

No que concerne às duas últimas hipóteses, entretanto, os autores sinalizam a potencialidade dos algoritmos em acarretar formas de comportamentos anticoncorrenciais ainda desconhecidas e, por conseguinte, não compreendidas no ordenamento jurídico vigente. Essas hipóteses merecem maior atenção, haja vista o desafio que apresentam à doutrina antitruste já estabelecida, por não serem suscetíveis, a priori, à contestação das autoridades concorrenciais e quanto menos aos seus mecanismos de *enforcement*.<sup>28</sup>

Em perspectiva diametralmente distinta ao caso ilustrado anteriormente, algoritmos orientados pelas tecnologias de *predictable agent* e *machine learning*, podem fomentar condutas anticompetitivas sem que os agentes econômicos se comuniquem de forma explícita. Embora as autoridades antitruste ainda não tenham identificado condutas anticompetitivas amparadas por essas ferramentas mais sofisticadas<sup>29</sup>, o risco de conluio tácito através de aplicações de IA pelas empresas é iminente. Nas palavras de Medeiros e Passos<sup>30</sup>:

---

autoescolas e despachantes. Direito em Movimento - Ed. Especial, Rio de Janeiro, v. 18 - n. 3, p. 154-175, 2020. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento\\_online/edicoes/volume18\\_numero3/volume18\\_numero3\\_154.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume18_numero3/volume18_numero3_154.pdf). Acesso em: 13 jul. 2022.

<sup>28</sup> ATHAYDE, Amanda; GUIMARÃES, Marcelo. Bumblebee antitruste? A inteligência artificial e seus impactos no direito da concorrência. *in*, Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade. (Orgs). FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitilin (Orgs). São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2019.

<sup>29</sup> “Além disso, não há casos de concorrência ou investigações que forneçam provas de apoio a esta forma “virtual” de conluio, tornando difícil justificar a criação de regulamentos para evitar o impacto negativo de condutas que ainda não foram observadas.” (tradução livre). Texto original: “Moreover, there are no competition cases or investigations providing supportive evidence of this “virtual” form of collusion, making it hard to justify the creation of regulations to prevent the negative impact of conducts that have not been observed yet.” Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age. 2017, p. 49. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.

<sup>30</sup> MEDEIROS, Heloísa Gomes; PASSOS, Hugo Assis. Colusões algorítmicas: estudo de caso do Processo Administrativo 08012.011791/2010-56 (CADE) - autoescolas e despachantes. Direito em Movimento - Ed. Especial, Rio de Janeiro, v. 18 - n. 3, p. 154-175, 2020. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento\\_online/edicoes/volume18\\_numero3/volume18\\_numero3\\_154.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume18_numero3/volume18_numero3_154.pdf). Acesso em: 13 jul. 2022.

A concepção de que os conluíus empresariais aptos a ferir a concorrência real se expressarão de modo claro, com contatos evidentes entre os agentes empresariais, mostra-se ultrapassada, fato que gera a indispensável ponderação sobre como os órgãos de controle devem atuar para afastar as ofensas às normas constitucionais e infraconstitucionais que tutelam a liberdade de competição.

A dificuldade de alcançar essas hipóteses como condutas anticompetitivas reside na incipiente interação humana para a formação das condutas colusivas, isso porque, segundo Medeiros e Passos<sup>31</sup>, “o uso de algoritmos disfarça comportamentos anticompetitivos, assim como tornar mais fácil para empresas realizarem e sustentarem colusões – conluíus anticompetitivos - sem qualquer, ou visível, interação humana”. Em complemento a esse raciocínio, Athayde e Guimarães<sup>32</sup> acrescentam que “essa realidade, como se pode imaginar, altera substancialmente a lógica antitruste, fundamentalmente baseada na tomada de decisão humana”.

Tal conjuntura enseja diversas discussões acerca da responsabilização por eventuais danos e desafia a eficiência dos instrumentos tradicionais de proteção da concorrência, principalmente diante de um cenário de omissão das autoridades da concorrência quanto aos limites do uso dessas tecnologias na competição<sup>33</sup>, seja em razão do

---

<sup>31</sup> MEDEIROS, Heloísa Gomes; PASSOS, Hugo Assis. Colusões algorítmicas: estudo de caso do Processo Administrativo 08012.011791/2010-56 (CADE) - autoescolas e despachantes. *Direito em Movimento - Ed. Especial*, Rio de Janeiro, v. 18 - n. 3, p. 154-175, 2020. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento\\_online/edicoes/volume18\\_numero3/volume18\\_numero3\\_154.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume18_numero3/volume18_numero3_154.pdf). Acesso em: 13 jul. 2022.

<sup>32</sup> ATHAYDE, Amanda; GUIMARÃES, Marcelo. Bumblebee antitruste? A inteligência artificial e seus impactos no direito da concorrência. *in*, *Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade*. (Orgs). FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitilin (Orgs). São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 439.

<sup>33</sup> “Diante de tal cenário, tanto na interface internacional, quanto na interface nacional, existe uma grave omissão de posicionamento das autoridades da concorrência quanto aos limites do uso de tecnologias complexas na competição. Contudo, tal omissão, dentro do Brasil, tem cunho muito mais interpretativo a ser dado pela autoridade da concorrência do que, propriamente, a necessidade de alteração legislativa”. LIMA, João Mateus Thomé de Souza. *Inteligência artificial na competição: os limites da responsabilidade de um agente econômico em função de*

desconhecimento técnico acerca das aplicabilidades, seja pela ausência de regulamentação apta a contornar os efeitos deletérios que tendem a surgir com o recorrente uso das tecnologias provenientes da IA.

Sobre esse cenário, a perspectiva da OECD<sup>34</sup> documentada em 2017, era no sentido de que ainda não estava claro, se seria possível criar qualquer regulamentação para impedir os algoritmos de aprendizagem de conduzirem uma coordenação tácita de forma autônoma, sem prejudicar o processo competitivo de outras formas. Estudos mais atuais registram que, não obstante a intervenção seja perigosa a inação também apresenta riscos, o que, tendo em vista o ligeiro desenvolvimento tecnológico em curso na sociedade contemporânea, exige atualizações do ponto de vista do direito antitruste, tanto em seu aspecto material como processual<sup>35</sup>. Esta análise, contudo, demanda uma pesquisa mais aprofundada, sendo certo que sua reflexão corrobora com o passo inicial a ser dado em direção à compreensão das interfaces que o uso de sistemas de IA assumem diante do Direito da Concorrência.

Propõe-se no capítulo seguinte uma revisão acerca das normas constitucionais que fundamentam o Direito da Concorrência, notadamente os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, no intuito de compreender a intersecção entre eles e como essa dinâmica deve orientar as iniciativas regulatórias dos sistemas de IA, no que tange aos interesses concorrenciais.

#### 4. Preceitos constitucionais do Direito Concorrencial

O Direito da Concorrência decorre da salvaguarda da ordem econômica, razão pela qual o seu fundamento constitucional, consubstanciado no art. 173, § 4º da Constituição Federal, deve ser compreendido à luz do art. 170, também da Constituição Federal, cujo conteúdo ordena as finalidades e os princípios a serem observados no

---

atos de concentração operados por programas sofisticados de computador no comércio eletrônico brasileiro. **RDC**, Vol. 5, nº 2, Novembro 2017, p. 6.

<sup>34</sup> Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). **Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age**. 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022

<sup>35</sup> ATHAYDE, Amanda; GUIMARÃES, Marcelo. Bumblebee antitruste? A inteligência artificial e seus impactos no direito da concorrência. *in*, **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. (Orgs). FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitilin (Orgs). São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2019.

exercício da atividade econômica.

O *caput* do art. 170 emana importante mandamento constitucional no sentido de que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observados os princípios elencados em seus incisos. Em clara proteção à autonomia privada, tal dispositivo consagra a livre iniciativa como o preceito orientador da atividade econômica e, por conseguinte, confere ao indivíduo liberdade para empreender esforços e auferir ganhos na proporção do êxito alcançado. A compreensão da livre iniciativa, no entanto, não deve estar limitada à noção de eficiência<sup>36</sup>, haja vista que deve ser exercida em conformidade com os direitos fundamentais e os demais princípios constitucionais, que não estão sujeitos a meras análises custo-benefício<sup>37</sup>. Ana Frazão<sup>38</sup>, em sua obra *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*, enfatiza que:

É inequívoco que a livre-iniciativa, como manifestação da autonomia, da emancipação do homem e do desenvolvimento da personalidade, recebe proteção constitucional em todos os seus desdobramentos. Entretanto, a atividade empresarial apenas é considerada legítima na medida em que o projeto do empresário é compatível com o igual direito de outros empresários e, mais que isso, de todos os membros da sociedade de também realizarem os seus respectivos projetos de vida, já que a dignidade da pessoa humana decorre da intersubjetividade dos direitos de todos e da interpenetração entre liberdade e igualdade por meio de critérios de justiça social.

À vista disso, entende-se que não basta ao Direito Concorrencial a defesa da livre iniciativa empresarial por si só, posto que cabe a ele assegurar a realização do princípio da livre concorrência, cuja compreensão exige a contextualização com os direitos fundamentais e os demais princípios constitucionais, “que repercutem diretamente na ideia de

---

<sup>36</sup> A expressão *eficiência* é mencionada independente do sentido atribuído a ela e da abordagem adotada, notadamente as noções das Escolas de Harvard e Chicago.

<sup>37</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. - 1ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2017.

<sup>38</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. - 1ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2017, p. 47.

concorrência praticável e de regular funcionamento de mercados”<sup>39</sup>.

No que concerne à própria instituição concorrência, Paula Forgioni<sup>40</sup> assevera que o texto da Constituição Federal brasileira não deixa dúvidas quanto ao fato de a concorrência ser um instrumento para o alcance de outro bem maior, consubstanciado na necessidade de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Porquanto, para inibir a exploração econômica exercida a partir de condutas competitivas antijurídicas é preciso mais do que normas orientadoras, exige-se a iniciativa da figura Estatal para garantir a ordem econômica. Desse raciocínio destaca-se o escopo do Direito Concorrencial, que de acordo com as lições de Calixto Salomão Filho<sup>41</sup>, é a interferência do Estado nas estruturas para garantir a defesa da instituição concorrência e, conseqüentemente, o funcionamento equilibrado do sistema econômico.

Nessa perspectiva, constitui-se em um modelo instrumental e procedimental, que não pretende impor um resultado, tampouco um efeito econômico, mas garantir que “o relacionamento entre os concorrentes se dê de forma leal e que a concorrência efetivamente exista, não sendo substituída por relações de poder, típicas dos mercados livres”<sup>42</sup>. Corroborando com esse raciocínio, a seguinte lição de Paula Forgioni<sup>43</sup>:

Isso tudo significa que, no Brasil, não se pode sustentar que a disciplina antitruste visa apenas a implementar a eficiência, seja ela alocativa, produtiva ou dinâmica. A grande questão é criar e preservar, nos ditames constitucionais, ambiente no qual as empresas tenham efetivos incentivos para competir, inovar e satisfazer as demandas dos consumidores; proteger o processo competitivo e evitar que os mercados sejam fossilizados pelos agentes com elevado grau de poder econômico.

---

<sup>39</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. - 1ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2017, p. 49.

<sup>40</sup> FORGIONI, Paula A.. **Os fundamentos do antitruste**. - 8. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>41</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>42</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>43</sup> FORGIONI, Paula A.. **Os fundamentos do antitruste**. - 8. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 189.

Refere-se mais uma vez ao caráter instrumental da proteção à concorrência, haja vista a sua atuação na repressão do abuso de poder econômico, da dominação dos mercados e da eliminação da concorrência, elevando os objetivos da Constituição em espectros superiores à mera liberdade de mercado.<sup>44</sup>

Este entendimento consubstancia um nível mínimo de regulamentação para o funcionamento da economia de livre mercado e, por conseguinte, para o controle das relações econômicas<sup>45</sup>. Dele se extrai a natureza constitucional econômica das regras concorrenciais, elemento impulsionador da organização e da integração econômica, na presença do agente estatal com poderes reduzidos, que se limitaria a organizar as forças de mercado e impedir abusos através da aplicação do direito concorrencial<sup>46</sup>, numa lógica, portanto, de fiscalização da autorregulamentação pelo mercado.

Um ponto importante a ser observado é o diálogo entre o Direito da Concorrência e a proteção da inovação. Sob a perspectiva da relevância das tecnologias advindas da IA para o comércio, observa-se o quão as inovações têm ganhado destaque nas atividades econômicas exercidas atualmente, sendo tanto resultado da competição, quanto um fator de potencialização da dinâmica concorrencial. Sobre esse aspecto, cita-se um excerto da obra de Ana Frazão<sup>47</sup>, segundo o qual:

Embora a preocupação com as relações entre o Direito da Concorrência e a inovação seja antiga, foi potencializada com o advento da sociedade da informação e da globalização econômica, fenômenos que aumentaram em grande medida a

---

<sup>44</sup> FORGIONI, Paula A.. **Os fundamentos do antitruste**. - 8. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>45</sup> Segundo lição de Calixto Salomão Filho (1998, p. 36) “A ideia de regulamentação do poder econômico no mercado tem origem em uma premissa socioeconômica fundamental: todo agrupamento social, por mais simples que seja, organizado ou não sob a forma de Estado, que queira ter como fundamento básico da organização econômica a economia de mercado deve contar com um corpo de regras mínimas que garantam ao menos o funcionamento desse mercado, ou seja, que garantam um nível mínimo de controle das relações econômicas.”

<sup>46</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>47</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. - 1ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2017, p. 58.

dinâmica dos mercados. Especialmente os setores mais influenciados pela internet e pela alta tecnologia vêm adotando novos modelos de negócio que pressupõem uma profunda reorganização da atividade empresarial. O comportamento dos agentes de mercado é, sem dúvida, condicionado pelos efeitos da inovação tecnológica, sobretudo no que diz respeito aos chamados negócios disruptivos, ou seja, negócios que alteram a dinâmica dos mercados.

Diante desse cenário, há, no mínimo, duas reflexões a se fazer em relação ao Direito da Concorrência. A primeira, quanto à instrumentalidade do Direito Concorrencial para a realização da inovação, haja vista que eventuais intervenções não devem comprometê-la ou dificultar seu desenvolvimento e que possa, sobretudo, funcionar como um intermediador para fomentá-la<sup>48</sup>. A segunda, remonta a própria supervisão da formação de poder econômico no mercado<sup>49</sup>, dado o uso de novas e sofisticadas estratégias para a consecução de atos anticompetitivos fora do radar normativo antitruste<sup>50</sup>, realidade emergente exposta nos capítulos anteriores.

Porquanto, tem-se que os sistemas de IA acomodam tanto os valores preconizados pela livre iniciativa, por ser objeto de interesse para o sucesso empresarial nos dias atuais, quanto valores da livre concorrência, seja pelo diálogo com a proteção da inovação ou pela adaptação a estratégias antitruste inéditas ou ainda desconhecidas. Diante dessas repercussões, é incontestável a necessidade de inserir na discussão regulatória sobre o uso e desenvolvimento de sistemas de IA no Brasil os aspectos que tangenciam o Direito da Concorrência, levando em consideração, principalmente, os impactos na livre iniciativa e na livre concorrência.

Assim, propõe-se, no capítulo seguinte, uma análise acerca da iniciativa regulatória do uso e desenvolvimento de sistemas de IA no Brasil, o Projeto de Lei nº 21/2020, para examinar se ele endereça

---

<sup>48</sup> FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. - 1ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2017, p. 58.

<sup>49</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998.

<sup>50</sup> ATHAYDE, Amanda; GUIMARÃES, Marcelo. Bumblebee antitruste? A inteligência artificial e seus impactos no direito da concorrência. *in*, **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. (Orgs). FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitilin (Orgs). São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2019.

adequadamente os desafios regulatórios da Inteligência Artificial em perspectiva com as normas constitucionais do Direito da Concorrência expostas acima.

## 5. Projeto de Lei 21 de 2020

Inicialmente, cumpre dizer que o Projeto de Lei nº 21 de 2020 (PL 21/2020) possui nítida inspiração nas recomendações de conteúdo ético de diplomas internacionais, notadamente a Recomendação sobre Inteligência Artificial emitida em 2019 pelo Conselho da OECD<sup>51</sup> e as Diretrizes Éticas para uma Inteligência Artificial Confiável publicado pelo Grupo de Especialistas de Alto Nível em Inteligência Artificial da Comissão Europeia<sup>52</sup>, cujo texto delineou sete requisitos principais a serem observados na aplicação dos sistemas de IA, quais sejam: agência humana e supervisão; robustez técnica e segurança; privacidade e governança de dados; transparência; diversidade, não discriminação e justiça; bem-estar social e ambiental; e responsabilidade.

Segundo o deputado e autor da iniciativa legislativa, Eduardo Bismarck do PDT-CE, o texto da proposta tem como ponto de partida a necessidade de promover e implementar os “princípios éticos para a administração responsável de IA”<sup>53</sup> informados nesses documentos internacionais, sobretudo a Recomendação de 2019 da OECD<sup>54</sup>, do qual o Brasil é um dos 46 países signatários.

A regulamentação nacional acompanha a tendência internacional<sup>55</sup> em se afirmar a necessidade de padrões éticos para o uso de sistemas de IA, haja vista o alcance transnacional dos impactos decorrentes da aplicação dessas tecnologias. Não obstante a concordância sobre a

---

<sup>51</sup> Recommendation of the Council on Artificial Intelligence. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>.

<sup>52</sup> Ethics guidelines for trustworthy AI. Disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>.

<sup>53</sup> Tradução literal do termo utilizado na Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, da OECD. Disponível: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>.

<sup>54</sup> Atualmente o diploma referente à Recomendação do Conselho de Inteligência Artificial da OECD tem a aderência de 52 países, 38 países membros da OECD e 8 países não membros da OECD.

<sup>55</sup> Além dos instrumentos internacionais já citados ao longo do texto, outros países também têm promovido movimentos legislativos no sentido de regular a utilização de sistemas de IA. A título de exemplo, cita-se o aparato normativo adotado em 2019 pela Cingapura, Singapore’s Approach to AI Governance; e a Lei nº 27, de 17 de maio de 2021, de Portugal, que traduz a Carta Portuguesa de Direitos Humanos na Era Digital.

importância dos padrões éticos, há ainda dissensos quanto à definição deles e a forma pela qual devem ser implementados em cada sistema, dada as diversidades culturais, políticas e econômicas. Assim, os esforços internacionais atuais avançam na discussão sobre as opções políticas possíveis relativas aos diferentes graus de intervenção legislativa nesse sentido<sup>56</sup>.

Optou o legislador brasileiro por internalizar esses padrões éticos através do PL 21/2020, o qual, propõe princípios, direitos, deveres e instrumentos de governança para o uso da inteligência artificial no Brasil e estipula diretrizes para a atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, pessoas físicas e jurídicas, de direito público ou privado, bem como dos entes sem personalidade jurídica em relação a esta matéria. A proposta está alinhada não só aos princípios e práticas defendidos em orientações de ordem internacional, mas igualmente em outros instrumentos legais associados, tal qual a Lei Geral de Proteção de Dados — Lei nº 13.709/2018<sup>57</sup>.

É possível identificar no Projeto de Lei uma estrutura projetada a partir de três ordens: uma orientativa, outra imperativa e uma última diretiva. A orientativa abarca os artigos iniciais, que visam, além de contextualizar a proposta e definir termos de suma relevância para a matéria que se propõe a tratar, anunciar os objetivos, as finalidades e os fundamentos que irão conduzir o diploma normativo. Em seguida, urge o caráter imperativo do diploma, consubstanciado na norma jurídica que determina o rol de princípios a serem prestigiados, naquelas que asseguram os direitos e, em contrapartida, nas que determinam os deveres a serem observados pelos agentes públicos e privados. Os artigos finais do diploma se ocupam em sinalizar as diretrizes em relação ao uso da inteligência artificial no Brasil, diretrizes que são majoritariamente direcionadas ao Poder Público, mas que alcançam em outras medidas os agentes de inteligência artificial, a sociedade civil e o setor empresarial.

De pronto, nota-se que o PL 21/2020, apesar de prescrever direitos e deveres para a administração responsável de IA, não prevê de forma clara as responsabilidades, e tampouco fixa as sanções em caso de

---

<sup>56</sup> Fundação Getulio Vargas (FGV). **Marco legal da inteligência artificial - Nota técnica sobre o Projeto de Lei 21/2020**. Coordenação: Luis Felipe Salomão. FGV Conhecimento: centro de inovação, administração e pesquisa do Judiciário. 2020.

<sup>57</sup> BRASIL. Lei Geral de Proteção de Dados — **Lei nº 13.709/2018**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm).

descumprimento<sup>58</sup>, sendo omissis, portanto, quanto a possíveis medidas sancionadoras no seu texto.

Em que pese a ausência de normas de imputabilidade em sua redação, o PL 21/2020 não se confunde com um instrumento meramente informativo, haja vista o caráter eminentemente cogente contido nas normas que preveem os princípios, os direitos e os deveres. Ademais, o projeto de lei insere a capacidade de o Poder Público solicitar aos “agentes dos sistemas de inteligência artificial” demonstrações do cumprimento dos ditames estipulados na lei<sup>59</sup>, o que reitera a sua vinculatividade e, permite considerá-lo um marco legal para o desenvolvimento e uso dos sistemas de inteligência artificial no Brasil.<sup>60</sup>

## 6. Escopo antitruste do Projeto de Lei 21 de 2020

Sugere-se uma análise do PL 21/2020 a partir da lente dos preceitos do Direito Concorrencial, no intuito de compreender se e em que medida eles estão incluídos na substância da iniciativa regulatória brasileira.

De início, cumpre observar a importância que a iniciativa confere à instituição concorrência, haja vista tê-la inserido em mais de um dispositivo legal, conferindo-lhe diferentes funções diante do propósito do diploma. Precisamente, constata-se uma correspondência expressa entre o texto legal e os preceitos do Direito Concorrencial — reitera-se a livre iniciativa e a livre concorrência — nos artigos 3º; 4º, inciso II; 5, inciso II; e 6º, inciso II.

O artigo 3º elenca como critérios de interpretação do projeto de lei: a inovação, o aumento da competitividade, o crescimento econômico sustentável e inclusivo e a promoção do desenvolvimento humano e social; sendo certa sua correspondência com a liberdade individual de empregar

---

<sup>58</sup> Fundação Getulio Vargas (FGV). **Marco legal da inteligência artificial - Nota técnica sobre o Projeto de Lei 21/2020**. Coordenação: Luis Felipe Salomão. FGV Conhecimento: centro de inovação, administração e pesquisa do Judiciário. 2020.

<sup>59</sup> Projeto de Lei nº 21 de 04 de fevereiro de 2020: Art. 13. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão solicitar aos agentes dos sistemas de inteligência artificial, observadas as suas funções e justificada a necessidade, a publicação de relatórios de impacto de inteligência artificial e recomendar a adoção de padrões e de boas práticas para implantação e operação dos sistemas.

<sup>60</sup> Fundação Getulio Vargas (FGV). **Marco legal da inteligência artificial - Nota técnica sobre o Projeto de Lei 21/2020**. Coordenação: Luis Felipe Salomão. FGV Conhecimento: centro de inovação, administração e pesquisa do Judiciário. 2020.

as tecnologias da IA ao aprimoramento do negócio.

Conforme se adiantou acima, o PL 21/2020 não se satisfaz em instrumentalizar a concorrência apenas como regra de interpretação, porquanto confere à livre iniciativa e à livre concorrência status de fundamento para o uso da IA no Brasil, no inciso II do artigo 4º; ao passo que elenca como um dos objetivos de sua aplicação a promoção “da competitividade e do aumento da produtividade brasileira”, nos termos do inciso II do artigo 5º. Soma-se a essa sistematização, a redação do artigo 6º, inciso III, que disciplina dentre os princípios para o uso responsável de IA no Brasil, o princípio da não discriminação, cujo mandamento emana a proibição de usar dos sistemas para fins discriminatórios, ilícitos ou abusivos, aos quais se insere as condutas anticoncorrenciais.

Diante do esforço do PL 21/2020 em vincular a administração responsável do uso de sistemas de IA ao desenvolvimento socioeconômico, em observância à livre iniciativa, à livre concorrência e à justiça social, constata-se certa simetria entre os objetivos do PL 21/2020 e os preceitos do Direito Concorrencial, não só em razão das expressas menções que faz nesse sentido, mas em virtude de estar claro na *mens legis* a necessidade de adequar o uso dos sistemas de IA para a salvaguarda da ordem econômica, dada a sua imprescindibilidade para o desenvolvimento socioeconômico e a necessidade de coordenar o seu uso consoante o sistema normativo vigente.

Não obstante esta interpretação entende-se que a regulação do uso de sistemas de IA deve ser precedida de amplo debate público, interdisciplinar e multissetorial, que favoreça o amadurecimento do tema em consonância com os aspectos econômicos, políticos e culturais, ante o equívoco de o Brasil importar padrões éticos apropriados às particularidades de outros países<sup>61</sup>. Nesse sentido, a orientação do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getúlio Vargas<sup>62</sup> preconiza que:

---

<sup>61</sup> Fundação Getúlio Vargas (FGV). **Marco legal da inteligência artificial - Nota técnica sobre o Projeto de Lei 21/2020**. Coordenação: Luis Felipe Salomão. FGV. Conhecimento: centro de inovação, administração e pesquisa do Judiciário. 2020.

<sup>62</sup> Fundação Getúlio Vargas (FGV). **Marco legal da inteligência artificial - Nota técnica sobre o Projeto de Lei 21/2020**. Coordenação: Luis Felipe Salomão. FGV. Conhecimento: centro de inovação, administração e pesquisa do Judiciário. 2020, p. 20.

Entendemos que a inclusão do Projeto na pauta do Plenário em regime de urgência de votação é incompatível com o debate público multidisciplinar e multissetorial indispensável no momento, sobretudo porque ainda não há um consenso mínimo e tampouco amadurecimento suficiente do debate sobre o tema legislado, decorrente de uma evolução tecnológica que ocorre em ritmo acelerado.

Apesar do objetivo da edição legislativa em coordenar o uso dos sistemas de IA “para promover a pesquisa e inovação, aumentar a produtividade, contribuir para uma atividade econômica sustentável e positiva, melhorar o bem-estar das pessoas e ajudar a responder aos principais desafios globais”<sup>63</sup>, uma regulamentação de eminente caráter cogente, como o PL 21/2020, inserida no ordenamento jurídico de forma precoce pode produzir efeitos contraproducentes, levando em consideração que uma atuação regulatória incisiva pode apresentar formas ainda mais lesivas ao processo competitivo.

As conclusões da Comissão Europeia<sup>64</sup> corroboram com essa perspectiva no seguinte sentido:

Dada a natureza multidimensional dos algoritmos, as abordagens políticas devem ser desenvolvidas em cooperação com os responsáveis pela aplicação da lei da concorrência, autoridades de proteção dos consumidores, agências de proteção de dados, reguladores setoriais relevantes e organizações de ciência informática com conhecimentos

---

<sup>63</sup> Deputado Eduardo Bismarck em justificativa ao PL 21/2020. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 21/2020**. Relator: Deputado Federal Eduardo Bismarck. Brasília, DF, 04 fev. 2020.

<sup>64</sup> “Given the multi-dimensional nature of algorithms, policy approaches should be developed in cooperation with competition law enforcers, consumer protection authorities, data protection agencies, relevant sectorial regulators and organizations of computer science with expertise in deep learning. In conclusion, despite the clear risks that algorithms may pose on competition, this is still an area of high complexity and uncertainty, where lack of intervention and over regulation could both pose serious costs on society, especially given the potential benefits from algorithms. Whatever actions are taken in the future, they should be subject to deep assessment and a cautious approach.” Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). **Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age**. 2017, p. 52. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022

especializados em aprendizagem profunda. Em conclusão, apesar dos riscos claros que os algoritmos podem representar para a concorrência, esta é ainda uma área de alta complexidade e incerteza, onde a falta de intervenção e a regulamentação excessiva podem representar custos graves para a sociedade, especialmente dados os benefícios potenciais dos algoritmos. Quaisquer que sejam as ações a empreender no futuro, estas devem ser sujeitas a uma avaliação profunda e a uma abordagem cautelosa. (tradução livre)

Assim, se por um lado a inércia dos agentes envolvidos apresenta riscos, por outro a intervenção imprecisa — por intervenção imprecisa entenda-se uma regulação que além de ser omissa quanto a aspectos essenciais à eficácia do instrumento legal, é dúbia quanto aos próprios elementos abarcados — tende a fomentar insegurança jurídica, prejudicando não só a utilização dos sistemas de IA para o desenvolvimento da sociedade, mas provocando também o desequilíbrio do arranjo econômico.

## **7. Conclusão**

Diante das mudanças provocadas na atividade empresarial em razão do emprego de tecnologia, propôs-se no presente artigo, um estudo inicial de contextualização e compreensão acerca das repercussões do uso de sistemas de IA na competitividade, sobretudo ao que diz respeito aos desafios de regular essas novas estratégias em atenção às normas constitucionais do Direito da Concorrência, com ênfase na proposta do Projeto de Lei nº 21/2020.

Para tanto, explorou-se inicialmente alguns aspectos essenciais à compreensão dos sistemas de IA, contextualizando o seu processo de instrumentalização na sociedade contemporânea, a multiplicidade de suas abordagens e a forma com a qual se tornou um aliado relevante para a consecução dos objetivos empresariais. Os cenários apresentados, em que os sistemas de IA integram de alguma forma a atividade empresarial propriamente dita, deixam claro as novas perspectivas que essa interação traz para o direito concorrencial.

Se a princípio foram elencadas várias vantagens, após destacou-se os potenciais riscos que essa coordenação entre IA e mercado colocam à livre concorrência a partir do uso de softwares, cujos algoritmos podem

desenvolver complexas estratégias, inclusive que visam conluios anticompetitivos. Em outras palavras, foi possível compreender a partir da bibliografia pesquisada que o uso da IA pode desprestigiar as normas constitucionais que tutelam a ordem econômica, se seus sistemas não forem utilizados de forma responsável.

A partir dessa perspectiva, constatou-se que os sistemas de IA são importantes ferramentas para o êxito da atividade empresarial e, portanto, um relevante objeto de interesse da iniciativa privada, dado o diferencial competitivo que conferem ao negócio. Em contrapartida, observou-se que o uso dessas novas e sofisticadas estratégias pode desencadear a consecução de atos anticompetitivos fora do radar normativo antitruste. Conclui-se, portanto, que os sistemas de IA acomodam tanto valores do princípio da livre iniciativa, quanto valores da livre concorrência, o que deve ser observado nos intentos regulatórios.

Em razão do potencial lesivo desses sistemas mais sofisticados, tem se observado um intenso movimento internacional de composição de normas de gerenciamento para uso e desenvolvimento da IA no mercado como um todo. Essa tendência influenciou a edição do PL 21/2020, iniciativa legislativa para elaboração de um marco regulatório do uso e do desenvolvimento de sistemas de IA no Brasil, que, apesar de estar em simetria com os preceitos constitucionais do Direito da Concorrência, ainda carece de extenso debate público, no qual a participação seja acessível a diversas áreas do conhecimento e a múltiplos setores da sociedade, para que seu conteúdo seja realmente eficaz a tutelar os interesses e princípios previstos na Constituição, sobretudo a livre iniciativa em consonância com a livre concorrência.

## 8. Referências

ATHAYDE, Amanda; GUIMARÃES, Marcelo. Bumblebee antitruste? A inteligência artificial e seus impactos no direito da concorrência. *in*, **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. (Orgs). FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitilin (Orgs). São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei 21/2020**. Relator: Deputado Federal Eduardo Bismarck. Brasília, DF, 04 fev. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CADE - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo Nº 08012.011791/2010-56.** (SEI 0159349). 2016.

EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition. **University of Illinois Law Review**, v. 2017.

Fundação Getúlio Vargas (FGV). **Marco legal da inteligência artificial - Nota técnica sobre o Projeto de Lei 21/2020.** Coordenação: Luis Felipe Salomão. FGV Conhecimento: centro de inovação, administração e pesquisa do Judiciário. 2020.

FORGIONI, Paula A.. **Os fundamentos do antitruste.** - 8. ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas.** - 1ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2017.

GAO-GOV. **United States Government Accountability Office. Artificial Intelligence. Emerging Opportunities, Challenges and Implications.** 2018. Disponível em: <https://www.gao.gov/assets/gao-18-142sp.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.

LIMA, João Mateus Thomé de Souza. Inteligência artificial na competição: os limites da responsabilidade de um agente econômico em função de atos de concentração operados por programas sofisticados de computador no comércio eletrônico brasileiro. **RDC**, Vol. 5, nº 2, Novembro 2017, pp. 5- 29.

MEDEIROS, Heloísa Gomes; PASSOS, Hugo Assis. Colusões algorítmicas: estudo de caso do Processo Administrativo 08012.011791/2010-56 (CADE) - autoescolas e despachantes. **Direito em Movimento** - Ed. Especial, Rio de Janeiro, v. 18 - n. 3, p. 154-175, 2020. Disponível em: [https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento\\_online/edicoes/volume18\\_numero3/volume18\\_numero3\\_154.pdf](https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistadireitoemovimento_online/edicoes/volume18_numero3/volume18_numero3_154.pdf). Acesso em: 13 jul. 2022.

Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). **Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age.** 2017. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022

Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). **Recommendation of the Council on Artificial Intelligence.** 2019. Disponível: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>. Acesso em: 20 jul. 2022.

PINHEIRO, Caroline da Rosa; SOARES, Adrienny Rúbia de Oliveira. Regulação e autorregulação no mercado de capitais. *in*, **Compliance entre a teoria e a prática: reflexões contemporâneas e análise dos programas de integridade das companhias listadas no novo mercado**. Coordenado por Caroline da Rosa Pinheiro. - Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2022.

SAAD-DINIZ, Eduardo; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Ilícitos Concorrenciais Praticados por Sistemas de Inteligência Artificial: da Ficção ao Compliance. *in*, **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. (Orgs). FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitilin (Orgs). São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 359.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as estruturas**. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Nilton Correia da. Inteligência artificial. *In*, **Inteligência artificial e direito: ética, regulação e responsabilidade**. (Orgs). FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitilin (Orgs). São Paulo: Ed. Thomson Reuters Brasil, 2019.

VILLANI, Cédric. **Donner un sens à l'intelligence artificielle: pour une stratégie nationale et européenne**. 2018. Disponível em: <https://www.aiforhumanity.fr>. Acesso em 15 ago. 2022.

# **PARTE 3 – REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS**

## 8. O USO DA ARBITRAGEM NAS AÇÕES DE REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS

### 8. THE USE OF ARBITRATION IN ANTITRUST DAMAGES ACTIONS

*Micaela Barros Barcelos Fernandes*

**Resumo:** Este trabalho apresenta reflexões sobre o uso da arbitragem nas ações de reparação dos danos indenizáveis decorrentes de ilícitos concorrenciais. Foram apresentadas as condições para a adoção da arbitragem como meio alternativo de solução de conflitos de interesses de acordo com o ordenamento brasileiro, bem como vantagens e limitações do processo arbitral. Outrossim, foram apontadas algumas situações que, embora referidas como relativas a um processo de arbitragem, tecnicamente com ele não se confundem.

**Palavras-chave:** Ilícito concorrencial; Danos concorrenciais; Responsabilidade civil; Arbitragem

**Abstract:** This paper presents reflections on the use of arbitration in reparation claims arising from indemnifiable damages arising from competition infringements. The conditions for the adoption of arbitration as an alternative means of resolving conflicts of interests in accordance with the Brazilian Law were presented, as well as the advantages and limitations of the arbitration process. Furthermore, some situations referred to as related to an arbitration process, although technically not to be confused with it, were pointed out.

**Keywords:** Competition infringement; Antitrust damages; Civil liability; Arbitration

### 1. Introdução

A responsabilização dos agentes econômicos violadores das normas de defesa da concorrência ocorre tanto na esfera pública, em sede

administrativa<sup>1</sup> e eventualmente também em sede criminal, quanto na privada, esta última objeto das atenções deste trabalho. Dentro do já vasto campo de possíveis investigações acerca da responsabilização de agentes que cometem ilícitos que violam a ordem econômica, a reparação privada dos danos concorrenciais é tema que ganhou atenção nos últimos anos, tendo justificado inclusive movimentos de alteração legislativa para sua promoção<sup>2</sup>, mas, comparativamente, ainda é a menos desenvolvida das respostas jurídicas previstas no ordenamento brasileiro ao ilícito concorrencial.

Este artigo, em singela contribuição doutrinária para o desenvolvimento da responsabilização na esfera privada, busca apresentar a arbitragem como meio alternativo para obtenção da tutela reparatória pelas vítimas de ilícitos concorrenciais perpetrados por agentes econômicos infratores. Buscou-se trazer reflexões sobre vantagens da adoção da via arbitral, e também possíveis desafios que deverão ser enfrentados para uma solução válida e eficaz.

No que tange à possibilidade de reparação pela via arbitral, desde já se ressalva que ela é alternativa que se coloca em algumas hipóteses, mas nem todas as que resultam de ilícitos concorrenciais. Embora todo ilícito concorrencial acarrete prejuízo a múltiplas vítimas, sendo inclusive essência da tutela concorrencial a proteção à coletividade (como destacado pelo próprio legislador no parágrafo único do artigo 1º da Lei 12.529/2011), cada vítima o é à sua maneira, e deve perseguir, conforme seus concretos prejuízos sofridos e sua própria situação jurídica subjetiva a justa reparação de acordo com a disciplina que lhe for aplicável e, dentre as aplicáveis, aquela mais vantajosa à defesa dos seus interesses, daí abrindo-se a possibilidade de uso da via arbitral em alguns casos.

Este trabalho apresenta as condições para a adoção da arbitragem como meio de solução de conflitos, ponderando sucintamente sobre vantagens e limitações do processo arbitral, e, identificado o aumento do interesse por esta via de solução na experiência interna e internacional,

---

<sup>1</sup> O sistema brasileiro de defesa da concorrência (SBDC) tem atualmente suas bases assentadas, além de na própria Constituição, na Lei 12.529/2011, e tem no Conselho Administrativo da Defesa Econômica (CADE), autarquia vinculada ao Ministério da Justiça, seu principal agente em sede administrativa, com a missão institucional de zelar pela concorrência no mercado, em atuação preventiva, repressiva e educativa, responsabilizando-se pela investigação e decisão sobre matéria concorrencial, assim como pelo fomento e disseminação da cultura da concorrência.

<sup>2</sup> Destaque-se desde logo a Lei 14.470, de 16-11-2022, resultante da aprovação do Projeto de Lei 11.275/2018, mais bem referida no item 1 deste trabalho.

destacando situações práticas que não se confundem com as de instauração propriamente dita de um processo arbitral. O texto se divide, desta maneira, em breves capítulos, relacionados aos referidos temas escolhidos para desenvolvimento.

## **2. Arbitragem e condições para sua adoção pelas partes**

A arbitragem é meio alternativo de solução de conflitos de interesses, no sentido de ser uma opção à via da jurisdição estatal. Ela é disciplinada no direito pátrio pela Lei 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), e se caracteriza, tal como a via estatal, também como forma possível para as partes solucionarem de forma terminativa os litígios – o árbitro, afinal, exerce atividade jurisdicional –, mas o processo arbitral apresenta peculiaridades.

Pela arbitragem, as partes escolhem o árbitro, um terceiro não-interessado (ou terceiros, caso optem por decisão colegiada, a ser tomada por um tribunal ou painel) para julgar a demanda que lhe é apresentada. O juízo arbitral da ação reparatória é, tanto quanto o estatal, intérprete do Direito, devendo atentar às mesmas normas de responsabilidade civil em qualquer caso submetido à sua apreciação.

Não obstante, o processo estatal e o arbitral constituem sistemas distintos de solução de conflitos, os quais se comunicam na medida prevista pelo legislador, havendo diferenças sobretudo de natureza processual. O árbitro não é juiz togado, tanto que sua competência se limita a julgar o mérito da controvérsia, mas não executar a sentença proferida em sede de arbitragem, ou determinar atos de constrição.

A primeira condição para a possibilidade de adoção da via arbitral é que o conflito de interesses verse sobre direitos disponíveis pelas partes, referidos como direitos patrimoniais disponíveis no artigo 1º da Lei de Arbitragem. A segunda condição, prevista no mesmo dispositivo legal, é que as partes cujos interesses estão em conflito sejam pessoas capazes de contratar. Tais requisitos são apontados como de arbitrabilidade objetiva e subjetiva, respectivamente, pois dizem respeito aos temas que podem ser objeto de julgamento arbitral e aos sujeitos que podem a ele recorrer.

No ordenamento brasileiro, já houve bastante controvérsia a respeito da arbitrabilidade subjetiva, mais especificamente sobre a possibilidade de órgãos da Administração Pública se submeterem à via da arbitragem. Entretanto, desde 2015, com as alterações introduzidas pela Lei 13.129/2015, a Lei de Arbitragem passou a prever expressamente tal possibilidade. Com efeito, a Administração Pública possui capacidade de

contratar (arbitrabilidade subjetiva) e, diante de eventuais danos patrimoniais experimentados em decorrência de prática anticompetitiva (por exemplo, por meio de cartel em licitação) poderá pleitear a reparação dos danos também pela via arbitral<sup>3</sup>.

Por suas próprias características, a via arbitral não apenas pode ser útil, mas preferível na solução de conflitos relativos à reparação de danos concorrenciais. Aliás, agentes econômicos com estatura para suscitar questões concorrenciais são os que mais se utilizam da arbitragem como forma de solução de seus conflitos de interesses em geral<sup>4</sup>.

No âmbito da responsabilização reparatória, não há, portanto, em função da natureza de direito público ou privado da vítima de ilícitos concorrenciais, dúvida sobre a possibilidade de os agentes econômicos, independentemente da disciplina aplicável para atribuição da responsabilidade civil, adotarem a solução arbitral. A questão de fundo a ser julgada na ação reparatória pelo(s) árbitro(s), embora seja originada em um ilícito de natureza concorrencial, não é, *per se*, de natureza concorrencial, mas civil. Isto é, apesar de a indenização devida às vítimas decorrer de condutas praticadas nas relações de mercado, as quais são, também, atravessadas pela análise concorrencial, a ação de reparação terá como base pressupostos da responsabilização civil.

Assim, e tendo em vista a independência das instâncias de responsabilização administrativa e civil, a possibilidade de adoção da arbitragem para fins de reparação de danos concorrenciais deve ser ampla.

Mesmo nas relações jurídicas que eventualmente atraiam a disciplina do Código de Defesa do Consumidor (CDC) em função da natureza da relação do agente econômico causador do dano com a vítima é possível que a solução ao conflito de interesses seja buscada pela via arbitral. Embora o artigo 51, VII, do CDC preveja, dentre as cláusulas

---

<sup>3</sup> Maria Augusta Rost em trabalho de dissertação de mestrado recomenda, inclusive, a instituição de cláusula compromissória pela Administração Pública desde os editais de certames públicos, como mecanismo de reforço à repressão de cartéis em licitação pública e como meio de facilitar a reparação em face de eventuais danos. ROST, Maria Augusta. *Arbitragem como componente de uma política pública de combate a cartéis em licitação no Brasil*. Dissertação (Mestrado) Universidade de Brasília, 2018, p. 119.

<sup>4</sup> BECKER, Bruno. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro: hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. *RJLB*, Ano 1 (2015), nº 2, 2015, p. 240. Disponível em [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/2/2015\\_02\\_0239\\_0270.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0239_0270.pdf). Acesso em 19-08-2022.

contratuais nulas de pleno direito, aquelas que determinam a utilização compulsória de arbitragem, nada impede que a vítima de um ilícito concorrencial escolha a alternativa extrajudicial para obtenção de sua reparação civil.

Neste sentido, já se posicionou também o STJ:

1. Um dos nortes a guiar a Política Nacional das Relações de Consumo é exatamente o incentivo à criação de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo (CDC, art. 4º, § 2º), inserido no contexto de facilitação do acesso à Justiça, dando concretude às denominadas "ondas renovatórias do direito" de Mauro Cappelletti. 2. Por outro lado, o art. 51 do CDC assevera serem nulas de pleno direito "as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem". A *mens legis* é justamente proteger aquele consumidor, parte vulnerável da relação jurídica, a não se ver compelido a consentir com qualquer cláusula arbitral. (...) o CDC não se opõe a utilização da arbitragem na resolução de conflitos de consumo, ao revés, incentiva a criação de meios alternativos de solução dos litígios; ressalva, no entanto, apenas, a forma de imposição da cláusula compromissória, que não poderá ocorrer de forma impositiva. (...) a instauração da arbitragem pelo consumidor vincula o fornecedor, mas a recíproca não se mostra verdadeira, haja vista que a propositura da arbitragem pelo solicitante depende da ratificação expressa do oblativo vulnerável, não sendo suficiente a aceitação da cláusula realizada no momento da assinatura do contrato de adesão. Com isso, evita-se qualquer forma de abuso, na medida em o consumidor detém, caso desejar, o poder de libertar-se da via arbitral para solucionar eventual lide com o prestador de serviços ou fornecedor. É que a recusa do consumidor não exige qualquer motivação. Propondo ele ação no Judiciário, haverá negativa (ou renúncia) tácita da cláusula compromissória.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp Nº 1.189.050-SP. Relator Min. Luis Felipe Salomão. J. em 01/03/2016. DJe 14/03/2016.

A arbitragem, portanto, é caminho possível, mas não necessário às partes prejudicadas, que poderão optar pela via judicial, caso preferirem. Ela tampouco pode ser imposta ao agente econômico infrator, salvo se ele próprio concordar com a solução do conflito pela via arbitral. Ressalve-se que a arbitragem aqui referida é a que se instaura como alternativa à hipótese específica de propositura de processo judicial com o objetivo de obter decisão final e terminativa sobre a existência ou não de responsabilidade civil decorrente de danos concorrenciais. Ou seja, sobre a possibilidade de as partes, no exercício de sua autonomia sobre direitos patrimoniais disponíveis, escolherem caminhos alternativos à jurisdição estatal para solução de conflitos.

### **3. A Lei 14.470/2022 e o (frustrado) estímulo ao processo arbitral**

Em Novembro de 2022 foi publicada a Lei 14.470/2022, que, após longo período de tramitação no Congresso Nacional, trouxe novas disposições aplicáveis ao sistema de repressão a infrações à ordem econômica especificamente relacionadas ao *enforcement* privado, prevendo mecanismos de estímulo à propositura de ações de reparação por danos concorrenciais pelas vítimas, em um conjunto de alterações legislativas que podem ser entendidas como aplicação prática da função promocional da responsabilidade civil<sup>6</sup>.

A Lei 14.470/2022 resultou da aprovação do Projeto de Lei (PL) 11.275/2018, formulado sob influência de experiências havidas em outros regimes jurídicos em matéria de direito concorrencial, notadamente o norte-americano e o europeu. O projeto foi elaborado na esteira do diagnóstico, feito pelo próprio CADE, na sua condição de autoridade administrativa em matéria concorrencial, da necessária articulação entre as instâncias punitiva e reparatória, e buscando mecanismos de compensação das dificuldades enfrentadas na persecução privada.

Dentre os vários mecanismos que adicionou ao ordenamento brasileiro com intuito de promover o *enforcement* privado das normas de defesa da concorrência, o PL 11.275/2018, em sua redação aprovada nas duas casas legislativas, buscava também estimular a via da arbitragem para

---

<sup>6</sup> Sobre o tema do estímulo à compensação de danos por iniciativa da parte ofensora como aplicação prática da função promocional da responsabilidade civil, recomenda-se REIS Jr. Antonio dos. *Função promocional da responsabilidade civil*. In: Indaiatuba: Foco, 2022.

obtenção de reparação dos danos concorrenciais, por meio de alteração proposta ao artigo 85 da LDC, com redação incluída no projeto após os pareceres emitidos pelas Comissões de Constituição e Justiça e de Assuntos Econômicos durante a tramitação do projeto original no Senado Federal.

O artigo 85 da LDC se refere ao compromisso de cessação de prática anticoncorrencial, e prevê a possibilidade de o agente econômico que esteja respondendo a processo administrativo para apuração de responsabilidade concorrencial (administrativa) firmar um termo de compromisso de cessação de prática (TCC) com o CADE. De acordo com a alteração que havia sido aprovada pelas duas casas legislativas do Congresso, referido artigo 85 receberia mais um parágrafo, o §16, o qual incluiria, dentre outros compromissos exigidos pela legislação, também a obrigação de o compromissário se submeter a juízo arbitral em ações que tivessem por objeto pedido de reparação de prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica, se a parte prejudicada tomasse a iniciativa de instituir a arbitragem<sup>7</sup>.

A alteração do artigo 85 da LDC seria mais uma mudança que buscaria ampliar os instrumentos de tutela das partes prejudicadas por ilícitos concorrenciais, na medida em que, se desejassem, por razões variadas, como relacionadas à expertise dos julgadores, ao tempo de processamento e julgamento, à preservação de relações comerciais estratégicas, ao sigilo do caso, dentre outras, poderiam buscar a reparação também por via arbitral.

Com a pretendida introdução do §16 conforme a redação que havia sido aprovada, as vítimas de agentes infratores passariam, ainda que não fossem obrigadas a recorrer à jurisdição arbitral, a contar com tal possibilidade, tendo em vista que, independentemente da existência de cláusula compromissória prévia, a opção pela via arbitral poderia ocorrer em momento posterior à lesão a interesses econômicos tutelados. Isto porque com o compromisso assumido perante o CADE com base na alteração legislativa proposta, os agentes infratores concordariam em se submeter à via arbitral para solução de qualquer litígio eventualmente

---

<sup>7</sup> O dispositivo, tal como aprovado no PL 11.275/2018, tinha o seguinte teor: “Art. 85. (...) § 16. O termo de compromisso de cessação de prática que contenha o reconhecimento da participação na conduta investigada por parte do compromissário incluirá obrigação do compromissário de submeter a juízo arbitral controvérsias que tenham por objeto pedido de reparação de prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica, quando a parte prejudicada tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com sua instituição.”

decorrente do ilícito concorrencial, via essa que depende, nos termos da legislação em vigor no ordenamento brasileiro, da livre escolha pelas partes para validade do processo e do respectivo laudo arbitral.

Curiosamente, a previsão não havia sido acrescentada também na previsões legais referentes ao acordo de leniência, fazendo presumir que a intenção do legislador foi, sobretudo, aumentar as vantagens comparativas oferecidas pelo ordenamento à parte beneficiária do acordo de leniência, em relação à parte signatária do TCC, de forma a reforçar o estímulo aos agentes econômicos para que sempre buscassem ser os primeiros a revelar ilícitos e entregar provas que efetivamente contribuam com as ações investigatória e punitiva da autoridade concorrencial.

Referida previsão de alteração da Lei 12.529/2011 seguiu com êxito em sua tramitação legislativa, contudo, ao ser encaminhada à sanção presidencial, foi objeto de veto, sob argumento de que a proposição contraria o interesse público, uma vez que a imposição legal de estipular o compromisso arbitral no TCC poderia gerar aumento nos custos para as partes, que já são obrigadas a colaborar com a autoridade e a cessar a conduta anticompetitiva. Segundo as razões do veto, a proposição poderia servir, na prática, como um desincentivo à assinatura de acordo por alguns agentes econômicos, especialmente os que não tivessem condições financeiras de arcar com os gastos de eventual arbitragem.

As razões do veto, portanto, apoiaram-se mais, parece-nos, em análise de conveniência do que de legalidade constitucional. O dispositivo proposto, caso tivesse sido mantido no ato de promulgação, não deveria suscitar discussão sobre sua constitucionalidade, já enfrentada pela própria Lei de Arbitragem, por suposta incompatibilidade com o direito fundamental de acesso à via judicial para tutela de interesses.

Em resgate histórico, lembre-se que com fundamento no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição, que prevê a impossibilidade de a lei excluir a apreciação de qualquer lesão ou ameaça ao direito pelo Poder Judiciário, muito já se discutiu a respeito da constitucionalidade da Lei de Arbitragem, pela qual as partes abrem voluntariamente mão do acesso à via judicial. Segundo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em processo de homologação de sentença estrangeira oriundo da Espanha (SE 5.206), no qual suscitado o incidente de inconstitucionalidade, referido dispositivo constitucional representa direito de ação, e não dever<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. SE 5.206. Relator Min. Sepúlveda Pertence. J. 12/02/2001. DJ 30/04/2004.

Seguindo o mesmo racional, a arbitragem eventualmente instaurada em decorrência de sua previsão no TCC ou em qualquer ato consensual assinado pelo agente infrator poderia ser tomada como uma solução estimulada, como forma de promover melhor resposta jurídica no sistema brasileiro também no âmbito privado, ao facilitar às vítimas o acesso a um meio alternativo de obtenção de reparação cível. O estímulo pretendido pelo CADE viria porque o agente econômico que quisesse se beneficiar das vantagens oferecidas pela assinatura do TCC se comprometeria a aceitar o procedimento arbitral. Contudo, com o veto presidencial, referido estímulo à via da arbitragem acabou frustrado, não tendo o Congresso Nacional posteriormente derrubado o veto.

Registre-se que a condição prevista no proposto §16 seria mais uma dentre outras sujeitas à apreciação e avaliação de conveniência pelo próprio agente econômico para assinatura do termo de compromisso com a autoridade concorrencial. Ele poderia a ela se submeter conforme entendesse este o melhor caminho para defesa de seus interesses em sede administrativa. Em última análise, a arbitragem na prática somente seria instaurada após a adesão voluntária pelo agente econômico causador do dano e também pela vítima, ainda que ambos assinassem em momentos distintos os documentos que atestariam sua adesão.

Apesar da compatibilidade do dispositivo proposto com a ordem constitucional, a alteração legal tal como prevista não ficou livre de contestação, tendo, ainda durante a tramitação legislativa do PL 11.275/2018, o Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBar), associação dedicada ao estudo e aprimoramento da arbitragem e outros métodos não judiciais de solução de controvérsias, se posicionado contra sua aprovação.

Na manifestação encaminhada ao Deputado Felipe Francischini<sup>9</sup>, o CBar apontou três razões desaconselhando a aprovação proposta, ao apontar que: (i) a possibilidade de solução de litígios por arbitragem decorre da própria Lei de Arbitragem, que autoriza a opção a qualquer parte por meio de cláusula ou compromisso arbitral, conforme sua previsão seja anterior ou posterior ao litígio. A imposição da cláusula pelo CADE como condição para assinatura de termo de compromisso de cessação pelo agente econômico infrator não dependeria, então, de

---

<sup>9</sup> COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. Nota Técnica sobre o Projeto de Lei n. 11.275/2018. Documento emitido em 18 de Outubro de 2019. Disponível em <https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2019/11/2019-10-18-nota-tecnica-pl11275-sem-enderecamento.pdf>. Acesso em 20-08-2022.

previsão legal, pois o juízo de conveniência e oportunidade, tal como previsto no artigo 85 da LDC, já estabelece mecanismo suficiente a permitir a negociação que possibilite a submissão à arbitragem; (ii) o texto legal criava contradição, ao prever a imposição da arbitragem, mas, ao mesmo tempo, linguagem flexível suficiente para que as partes prejudicadas não se submetessem à cláusula arbitral (o que não nos parece de fato um problema, pois, do contrário, se não houvesse tal flexibilidade para as vítimas, estar-se-ia na prática impondo a arbitragem a quem a ela não havia aderido voluntariamente, o que é vedado em nosso ordenamento); e (iii) as cláusulas oriundas dos TCC poderiam ser patológicas sem a indicação de autoridade nomeadora (aqui pertinente a crítica pois, com efeito, cláusulas compromissórias vazias não necessariamente facilitam o acesso à arbitragem, pelo contrário, podem até mesmo dificultá-lo, pois as partes passam a ter que lidar com outras questões, de ordem processual, sobre instauração da arbitragem, prazos, nomeação dos árbitros, dentre tantas, que não apenas não solucionam o litígio base, mas ainda adicionam novas questões passíveis de conflito).

As preocupações levantadas no mínimo alertaram para cuidados que a autoridade concorrencial e os próprios potenciais signatários de termos de compromisso de cessação deveriam tomar para que o estímulo eventualmente suscitado pelo mecanismo previsto efetivamente contribuísse para a promoção da tutela reparatória, e não fosse apenas mais um elemento com o qual as partes, tanto o agente infrator e causador do dano, de um lado, quanto a vítima, de outro, tivessem que lidar, sem benefícios práticos, em mero aumento de custos para a tomada de decisão e a solução de conflitos.

Sem embargo, como mencionado, a tentativa de estímulo adicional à arbitragem acabou frustrada. Diante do veto pela Presidência da República ao dispositivo legal aprovado pelo Legislativo, o compromisso de cessação continua sujeito às normas previstas há mais de década no artigo 85 da Lei 12.529/2011, não havendo então previsão expressa da necessidade de assunção, pelo agente infrator, do compromisso de se submeter a juízo arbitral. Não obstante, nada impede que o agente econômico sujeito à investigação por infrações à ordem econômica, sendo estimulado ou não por negociações havidas junto à autoridade concorrencial, se submeta à via arbitral para solução de seus eventuais conflitos de interesses junto às partes que pretendam obter reparação civil pelos danos concorrenciais resultantes de ilícitos apurados. Em outras palavras, o estímulo adicional previsto com a alteração legislativa que restou frustrada pode não ter sido implementado, mas o uso

da arbitragem para obtenção de indenização segue possível, sujeitando-se o processo a seus próprios fundamentos e princípios informadores.

#### **4. Vantagens e limitações do processo arbitral e a particular questão do sigilo**

Nas hipóteses em que cabível a arbitragem, ela oferece algumas vantagens, entre as quais a possibilidade de julgamento por árbitro (ou tribunal) escolhido pelas partes, presumivelmente com conhecimento mais aprofundado no mercado em que suscitada a controvérsia, e ainda, um maior controle de prazos para o alcance da decisão final<sup>10</sup>, bem como a possibilidade de preservar a discussão sob sigilo, em especial nos casos em que os danos são questionados por partes que mantêm relação comercial entre si, portanto, quando a vítima e o agente econômico causador do dano têm relação jurídica já estabelecida, notadamente se houver contratos de longa duração e de natureza estratégica, em que a confidencialidade pode contribuir para que o litígio não contamine (ou contamine menos) a relação comercial, ou eventualmente desgaste relações também com terceiros, em detrimento do desenvolvimento das atividades empresariais.

Tais razões pendem em favor da arbitragem até mesmo sob o ponto de vista do próprio agente infrator que causou o dano e terá que responder civilmente perante as vítimas, tendo em vista as especificidades do procedimento, em comparação com a via judicial. Como mencionado, a arbitragem preserva, ao menos conforme a normativa atualmente em vigor, maior sigilo à solução dos litígios que se originarem de sua conduta, com reflexo na redução de custos reputacionais, evitando a exposição do agente econômico e publicidade negativa, seja interna ou externamente, nas relações de diversas naturezas com terceiros, inclusive consumidores<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> O prazo para prolação da sentença arbitral pode ser definido pelas partes, e, caso não previsto, a LA estabelece, em seu artigo 23, o prazo de 6 meses para emissão do laudo, contados da instituição do procedimento, ou da substituição do árbitro.

<sup>11</sup> Como lembram Lucas Barrios e Vitória Lapa: “A confidencialidade, apesar de não ser um requisito legal obrigatório para a arbitragem, tende a ser prevista em diversos regulamentos de instituições arbitrais. A possibilidade de pactuá-la em observância ao princípio da autonomia da vontade das partes é reconhecida como uma das vantagens da arbitragem. A confidencialidade é considerada um elemento importante da arbitragem por 87% dos participantes do mercado, segundo a pesquisa da Universidade de Queen Mary (2018, p. 27).” BARRIOS, Lucas de Góis; LAPA, Vitória Neffá. Arbitragem e direito concorrencial: ordem pública, confidencialidade e atuação dos árbitros. *Revista de Defesa da Concorrência. CADE*, vol. 9, nº 1, 2021, p.

Registre-se, sem embargo, que o tema do sigilo na arbitragem tem sido objeto de intenso debate desde a proposição do Projeto de Lei 3.293/2021 (PL 3.293/2021), de autoria da deputada Margarete Coelho, ora em tramitação na Câmara dos Deputados<sup>12</sup>. Referido Projeto de Lei foi apresentado para alteração da Lei de Arbitragem e estabelece, dentre outras mudanças, o dever de divulgação de informações relativas ao procedimento arbitral, como composição do tribunal e valores envolvidos na controvérsia, bem como a publicização da íntegra das sentenças arbitrais e de eventuais ações anulatórias de arbitragem, conforme alterações previstas, respectivamente, nos artigos 5º e 33 da Lei de Arbitragem.

Embora em alguns casos, de fato, inclusive pela extensão dos sujeitos de interesse impactados por decisões arbitrais, se recomende maior publicidade ao procedimento e seus resultados, a alteração legislativa, tal como proposta, tem sido questionada pela doutrina, por eliminar, via de regra, o sigilo que tradicionalmente constitui uma razão determinante para a escolha pela via arbitral por partes em conflito de interesses. A medida adequada da extensão da publicidade das ações arbitrais é tema que por si só renderia outro trabalho doutrinário, razão pela qual sobre ele não se estenderá aqui. Não obstante, ainda que aprovada alteração legislativa tal como originalmente proposta, o sigilo continuaria sendo mais um elemento que pesa em favor da opção pela arbitragem, dentre outros já elencados, contudo, teria seus efeitos bastante reduzidos, e aplicável com relação às discussões travadas no curso do processo, mas não à decisão final.

Independente da questão relativa ao sigilo no processo arbitral, há outras razões que podem interferir em favor da escolha da via arbitral mesmo pelo agente infrator, como a já mencionada especialização do árbitro e sua maior expertise nos temas relacionados à ação de reparação. E ainda, a arbitragem confere às partes maior controle dos prazos e também celeridade, o que reduz os custos de litigância<sup>13</sup>. Outrossim, a via

---

165. Disponível em <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/908>. Acesso em 12-12-2022.

<sup>12</sup>BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA. *Projeto de Lei 3.293/2021*. Texto proposto e informações sobre tramitação disponíveis em <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2300144>. Acesso em 12-12-2022.

<sup>13</sup> SIQUEIRA; Christiane Meneghini S. de; CIANFARANI, Siqueira1 Joana Temudo; BERNINI, Paula Müller Ribeiro. Derrubando os mitos da arbitragem para a reparação

arbitral permite a possível combinação de reembolso de honorários contratuais desembolsados pela parte vencedora, bem como a possibilidade de exclusão dos honorários sucumbenciais<sup>14</sup>. O tema dos custos dos honorários sucumbenciais ganhou especial projeção a partir da decisão da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça vetando a fixação por equidade em causas de valor elevado, portanto impondo, na prática, a fixação dos honorários em ações judiciais sempre conforme o disposto no § 2º do artigo 85 do CPC, que impõe limites mínimo de dez e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido<sup>15</sup>.

Outra situação que pode recomendar a adoção da arbitragem é a que se caracteriza por questões que afetam mais de uma jurisdição estatal soberana. Nas relações comerciais entre partes que atuem em mais de um território nacional, se os danos forem relacionados a condutas cujos efeitos transpassam fronteiras, a demandar resposta em mais de um juízo estatal, a arbitragem pode ser o caminho para buscar uma solução que atente a um só tempo às legislações de cada país (ao menos às normas de ordem pública que impeçam o reconhecimento dos efeitos da sentença em cada jurisdição soberana). Abre-se com a via arbitral, outrossim, a possibilidade de escolha da lei aplicável à disputa e da sede da arbitragem, o que pode ser uma vantagem não só para a demandante, mas também para a parte contra a qual a demanda é proposta, diante do aumento da previsibilidade da solução.

Se de um lado há vantagens na adoção da via arbitral em casos conectados com o direito concorrencial, de outro, há limitações, ou no mínimo desafios interpretativos que aumentam o ônus argumentativo de advogados e julgadores, relacionados à abrangência do laudo, cujas

---

de danos concorrenciais. *Revista do IBRAC*, nº 2 – 2021. São Paulo: IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, 2021, pp. 275-281. Disponível em [https://www.ibrac.org.br/UPLOADS/PDF/RevistadoIBRAC/Revista\\_do\\_IBRAC\\_2\\_2\\_021.pdf](https://www.ibrac.org.br/UPLOADS/PDF/RevistadoIBRAC/Revista_do_IBRAC_2_2_021.pdf). Acesso em 12-12-2022.

<sup>14</sup> Sobre as distinções entre honorários sucumbenciais e contratuais, ver FERNANDES, Micaela Barros Barcelos; ABRANCHES, Tatiana Machado Dunshee. Honorários advocatícios e alterações promovidas pelo novo código de processo civil. In CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Inovações do código de processo civil de 2015*. 1ª ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016, pp. 351-379.

<sup>15</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Corte Especial. REsp Nº 1.906.618-SP. Relator Min. Og Fernandes. J. em 16-03-2022. DJe 31/05/2022.

repercussões podem afetar também o interesse de terceiros. Por exemplo, questão bastante desafiadora é a que se refere a casos que, ainda que buscando resolver um conflito entre partes determinadas, traga consequências para outros agentes econômicos, portanto, na seara concorrencial.

Hipótese já ventilada pela doutrina é aquela que não se relaciona a danos concorrenciais decorrentes de infração econômica, isto é, ação *follow-on* posterior à apuração do ilícito concorrencial, mas que atrai a disciplina antitruste. Isto é, pode ocorrer de no curso de um procedimento arbitral instaurado para solucionar conflito de interesses de natureza privada entre duas partes aparecer questão não inicialmente entendida como de repercussão econômica no mercado, mas que exige apreciação à luz da normativa concorrencial.

Por hipótese, se duas partes celebram contrato de distribuição de determinada linha produtos do qual constam cláusula de exclusividade e também cláusula compromissória que conduz à via da arbitragem, e ainda, previsão contratual pela qual o fornecedor tem a prerrogativa de determinar o preço de revenda do produto. Sucedendo um conflito levado à jurisdição arbitral pelo distribuidor, o árbitro (ou painel) poderá identificar a violação ao direito antitruste, ou no mínimo um potencial de violação à normativa concorrencial<sup>16</sup>. Em tal hipótese, a solução aventada pelo juízo arbitral, além de dizer respeito à relação privada entre as partes litigantes, acabará por dizer também respeito à ordem econômica.

Da mesma maneira, na arbitragem que se destina a apurar danos concorrenciais sofridos por determinada vítima de infração econômica, pode haver uma solução terminativa que atinja o interesse econômico de outras vítimas, terceiros também prejudicados, que tenham ou não proposto ação judicial ou arbitral contra o infrator, ou os agentes infratores.

A matéria concorrencial pode se afigurar central para a controvérsia ou mesmo ser incidental. Em tais situações, de um lado, há quem se posicione por sua necessária apreciação pelo árbitro<sup>17</sup>, portanto, a

---

<sup>16</sup> Neste sentido, ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A Arbitragem e o Direito da Concorrência. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Coord.). *Arbitragem Doméstica e Internacional: Estudos em Homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, pp. 199- 202.

<sup>17</sup> ALMEIDA, José Gabriel Assis de. *Op. Cit.*, p. 2018; bem como GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Arbitragem e Outros Meios de Solução de Conflitos em demandas Indenizatórias na Área de Direito da Concorrência. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Jul-Set/2014, pp. 20-21; e ainda,

solução dirá respeito ao interesse das partes, mas acabará repercutindo também na coletividade. Esta questão desafia, inclusive, a avaliação sobre a arbitragem ter, ela própria, o condão de produzir soluções entre particulares que se apresentem com efeitos anticompetitivos, isto é, se o laudo arbitral pode, no desfecho que oferecer a um conflito de natureza privada, acabar configurando hipótese de violação à concorrência.

Lembre-se, a esse respeito, que o árbitro, embora tenha poder decisório para produzir uma decisão vinculante às partes, não representa o Estado na aplicação da norma jurídica, retirando sua autoridade, em conformidade com o ordenamento em vigor, da própria escolha das partes, mas com elas mantendo relação de natureza distinta daquela que o juiz estatal mantém com os jurisdicionados<sup>18</sup>. Sem embargo, tal ponderação não conduz à suposição de que um árbitro que deva aplicar a legislação brasileira seja tecnicamente menos apto a julgar questões concorrenciais que um magistrado<sup>19</sup>, tampouco, como intérprete, menos vinculado às normas do ordenamento brasileiro. O que ocorre é que o julgamento para fins de responsabilização civil sem observância das normas que densificam o princípio da livre concorrência e o valor fundamental da livre iniciativa poderá ensejar, na prática, a ineficácia da sentença arbitral<sup>20</sup>.

De outro lado, tendo em vista as próprias limitações de escopo da jurisdição arbitral, vale dizer, considerando que a sentença deve versar

---

BROZOLO, Luca G. Radicati Di. Arbitragem e direito da concorrência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 27, Out-Dez 2010, p. 186.

<sup>18</sup> ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. O árbitro é (mesmo) juiz de fato e de direito? Análise dos poderes do árbitro vis-à-vis os poderes do juiz no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 54/2017 | p. 79 - 122 | Jul - Set / 2017, p. 81.

<sup>19</sup> Na experiência comparada, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu no *leading case* sobre aplicação do direito da concorrência em arbitragem, o caso *Mitsubishi v. Soler*, que demandas relacionadas ao *Sherman Act*, a principal norma de direito antitruste norte-americana, poderiam ser submetidas à arbitragem. Atento ao risco de o julgamento não ser adequadamente deferente à disciplina antitruste, inaugurou a doutrina do *second look*, permitindo revisão da decisão pelo Judiciário. Também no sentido de permitir a arbitragem em disputas relacionadas ao direito antitruste posicionou-se a Corte de Justiça Europeia no âmbito da União Europeia, no caso *Eco Swiss*. ROST, Maria Augusta. *Op. Cit.*, pp. 41-43.

<sup>20</sup> Sobre o tema, permita-se remeter a FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. A vinculação a precedentes no processo arbitral: alterações promovidas pelo Código de Processo Civil de 2015 e sua interpretação conforme a Constituição Brasileira e a Lei de Arbitragem Brasileira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 22/2020, pp. 31-49, Jan-Mar 2020. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

apenas sobre direitos patrimoniais disponíveis das partes envolvidas, há quem entenda que o laudo não deve analisar questões concorrenciais que ultrapassem os interesses das partes, nos termos dos artigos 1º, *caput*, e 32, IV da Lei de Arbitragem<sup>21</sup>, sob pena de anulabilidade, portanto, também ineficácia da sentença arbitral por julgamento<sup>22</sup>.

Em acréscimo à complexidade de tal análise, que também se relaciona ao tema da arbitrabilidade objetiva, aparece novamente a delicada questão do sigilo, fazendo com que litígios oriundos de contratos celebrados com potencial violação às normas da concorrência, ou mesmo oriundos de violações já apuradas administrativamente, mas que tenham potencial de repercussão no interesse de terceiros também vitimados pelos mesmos fatos, sejam resolvidos sem que seja dado conhecimento dos eventuais desdobramentos aos interessados, não só aos agentes econômicos ofendidos, mas sobretudo à própria autoridade administrativa de defesa da concorrência.

Ou seja, a questão do sigilo é, na prática, a um só tempo uma vantagem e uma limitação do processo arbitral, que não é instaurado em conexão com o direito da concorrência apenas em processos relacionados à reparação de danos, mas também em outras hipóteses, o que justifica plenamente a necessidade de mais profundas e cautelosas reflexões relacionadas ao seu regramento jurídico. Tratar o sigilo como sempre defensável ou sempre dispensável na arbitragem pode levar à indesejável simplificação de questão que é complexa e merece maior cuidado pela doutrina, pelos legisladores, e os aplicadores das normas jurídicas, em instâncias administrativas, judiciais, ou arbitrais, todos que devem estar atentos a um sistema que é complexo, mas unitário, e que deve ser, portanto, coerente e orientado pela centralidade dos princípios constitucionais.

## **5. Aumento da adoção da via arbitral e situações práticas que não se confundem com arbitragem propriamente dita**

Como a OCDE já apontou, o uso da arbitragem para solução de disputas comerciais cresceu exponencialmente nos últimos anos,

---

<sup>21</sup> LA. Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (...)

Art. 32. É nula a sentença arbitral se: (...)

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; (...)

<sup>22</sup> BECKER, Bruno. *Op. cit.*, p. 264.

despertando atenção inclusive sobre a possibilidade de sua utilização por agentes econômicos não só para resolverem seus litígios, mas também como meio para escaparem do radar das autoridades e de potenciais vítimas de condutas ilícitas<sup>23</sup>, recomendando o tratamento do tema pelas respectivas legislações nacionais. A OCDE, atenta aos interesses afetados pela infração da ordem econômica, tanto os da coletividade, difusos, quanto os individuais das partes ofendidas, alerta que no processo de arbitragem deve o árbitro também se preocupar com tais questões, entretanto, ressalva que sua decisão não será, jamais, substitutiva da tutela oferecida pelas autoridades concorrenciais<sup>24</sup>.

No contexto brasileiro, lembre-se que o CADE é autoridade com competência privativa e não delegável para o julgamento de eventual infração da ordem econômica para fins de responsabilização administrativa de quem violar a livre concorrência, portanto suas prerrogativas como autoridade investigativa e punitiva não são e não devem ser afetadas pelo julgamento arbitral.

Sem embargo desta legítima preocupação, a perspectiva de adoção da arbitragem para dirimir conflitos relacionados a danos concorrenciais é tomada neste artigo com referência a momento posterior à conduta ilícita, e quase sempre também posterior à própria responsabilização administrativa (em que a ação privada é referida como *follow-on*, por ser proposta em aproveitamento de condenações anteriores no âmbito da persecução pública, ou de ações civis públicas a cargo do Ministério Público<sup>25</sup>). O risco, por hipótese, de um laudo produzir efeitos

---

<sup>23</sup> Como consta de relatório produzido pelo Comitê de Concorrência da OCDE, “*what is crucial for competition policy is that there be no opportunity for an award that is seriously and indisputably flawed (or that is the result of a deliberate attempt to evade competition law) to escape annulment or refusal of enforcement and, more generally, that there be no risk of a systematic abuse of arbitration to circumvent competition law.*” OECD. *Hearings: arbitration and competition.* 2010, p. 37. Disponível em <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>. Acesso em 02-03-2022.

<sup>24</sup> OCDE. *Idem*, p. 13: “*It should be emphasized, however, that court review of arbitration and the approval of an award by a court is not in any way a substitute for public enforcement. Therefore competition authorities can intervene, for example, by opening inquiries and imposing sanctions, if the arbitration process raises serious competition issues.*”

<sup>25</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, Francisco Dias de. *Enforcement privado do direito da concorrência no Brasil: uma análise sob o prisma dos ilícitos concorrenciais e seus reflexos no âmbito da responsabilidade civil. Dissertação* (Mestrado em Direito). Centro Universitário 7 de Setembro - UNI7. Fortaleza, 2017, p. 61.

anticoncorrenciais, ou, no mínimo, não atentar para efeitos anticoncorrenciais já produzidos no curso da relação contratual entre as partes não pode ser desprezado, mas em tal caso a ordem dos acontecimentos é diversa, pois a arbitragem antecede ou mesmo ratifica posições jurídicas subjetivas violadoras do direito da concorrência. Este artigo não se ocupa de tais situações.

Neste trabalho tampouco se trata da possibilidade de uso da arbitragem como meio alternativo adotado pela própria autoridade administrativa na aplicação das normas de direito concorrencial. Ou seja, sobre a possibilidade de o CADE, tanto em sua atuação preventiva de danos concorrenciais (em análise de estruturas de mercado) quanto na repressiva (em análise de condutas unilaterais ou concertadas para possível responsabilização punitiva de potenciais infratores), transferir, no exercício de suas competências legais, parcela da avaliação técnica a terceiros.

O uso da arbitragem tem sido ventilado em temas de concentração econômica com relação a mercados e operações que exigem acompanhamento extremamente técnico, mesmo após a autorização do ato de concentração, especialmente quando propostos remédios comportamentais. Assim, ao invés de se exigir do CADE, como autoridade administrativa da defesa da concorrência (ou, sendo a mudança na estrutura verificada em um mercado regulado, eventualmente também se exigir da autoridade reguladora respectiva) o acompanhamento permanente das decisões tomadas com base no Direito antitruste, o que acarreta custos relevantes para a Administração Pública, a arbitragem (em verdade, assim impropriamente referida) surge como meio que possa reduzir os custos de monitoramento do cumprimento das decisões administrativas<sup>26</sup>. A arbitragem pode se apresentar também como alternativa quando a autoridade concorrencial, reconhecendo a existência de um conflito privado que afeta a relação entre agentes econômicos, referenda a solução arbitral, como etapa em uma cadeia de atos complexos que afetam, no conjunto, a concorrência<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> O primeiro caso no CADE com referência a tal uso para foi o do acordo em ato de concentração (Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47) realizado na venda da Fosbrasil pela Vale Fertilizantes à Israel Chemicals. Documento disponível em <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/03/CADE-Fosbrasil-ato-de-concentra%C3%A7%C3%A3o-arbitragem-ACC.pdf>. Acesso em 12-12-2022.

<sup>27</sup> Caso interessante, ocorrido em 2017, foi o da aquisição da CETIP pela BMF&BOVESPA (depois renomeada B3) com impacto nos mercados de bolsas de valores e de balcão, em que a operação foi aprovada com restrições (Ato de

Nestes casos, algumas decisões com impacto no mercado podem ser deixadas a cargo de terceiros (não-interessados) *experts* que terão inclusive mais condições de fazer avaliações técnicas sobre impactos econômicos, mantendo-se no âmbito da decisão administrativa a avaliação mais geral da operação. A rigor, embora referidas como hipóteses de arbitragem por parcela da doutrina e por julgadores, não há tecnicamente um meio de solução terminativa de conflitos entre duas partes com interesses contrapostos, inclusive pela possibilidade de o CADE rever a decisão técnica tomada. Elas são, é bem verdade, também meios alternativos de solução de conflitos, mas que mais se aproximam dos chamados *dispute boards*, em que um corpo técnico oferece solução a conflitos por meio de laudo que tem natureza de parecer, e que pode evitar um litígio, mas não tem o condão de dar solução terminativa.

Embora seja mesmo importante questionar sobre a possibilidade do emprego de técnicos privados na avaliação de danos concorrenciais na esfera administrativa, na medida em que transfere a particulares um poder de avaliação que integra as funções de Estado, tal crítica pode ser ponderada pelo argumento de que em tal hipótese a avaliação, mesmo que eventualmente vinculativa ao administrado, não vinculará o CADE, a quem cabe sempre a revisão respectiva. Ademais, mesmo na arbitragem propriamente dita, portanto em que há solução terminativa, e na prática há uma função dita estatal, a jurisdicional, transferida a um particular, é possível haver transferência da função estatal, contudo, desde que tal transferência se dê por expressa autorização legal, recomendando-se, então, para uso de tal alternativa em qualquer hipótese, a alteração legislativa prevendo a possibilidade específica.

As hipóteses acima apontadas acerca da relação entre a concorrência e a arbitragem são relevantes e configuram por si só temas para outros trabalhos doutrinários, mas que escapam ao escopo deste singelo artigo. A possibilidade do uso da arbitragem de que aqui se trata é

---

Concentração 08700.004860/2016-11). Como a operação consolidaria um monopólio, a solução buscada pelo CADE para sanar os efeitos anticoncorrenciais passava por viabilizar a entrada de um novo agente no mercado, o que foi feito por meio do acordo em controle de concentrações (ACC). Em virtude das características do mercado, o entrante teria que fazer uso de parte da infraestrutura de serviços de central depositária da própria BOVESPA. Pelo ACC, então, as compromissárias se obrigaram a negociar com qualquer entrante interessado a contratação dos serviços de central depositária, prevendo, desde o início, a adoção da arbitragem para solucionar controvérsias relacionadas ao acesso à infraestrutura e respectiva precificação dos serviços.

aquela em que, uma vez configurado o prejuízo que teve origem em conduta ilícita de natureza concorrencial, e preenchidos os pressupostos à responsabilização civil, as partes prejudicadas poderão buscar a reparação pelos danos injustos sofridos. Tal reparação poderá ser conferida em ação judicial, mas também pela via da arbitragem, um meio possível para obtenção da tutela reparatória, desde que presentes as condições para acesso a essa via alternativa, entre as quais, a possibilidade de haver escolha das partes, tanto a ofensora quanto a ofendida, e sua efetiva submissão à autoridade arbitral.

Considerando a independência das diferentes instâncias de responsabilização, a arbitragem não precisa, como a ação estatal não precisaria, aguardar o julgamento em sede administrativa ou mesmo criminal. A ressalva a ser feita, contudo, é que o artigo 935 do Código Civil estabelece a impossibilidade de questionamento sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando tais questões se acharem decididas definitivamente no juízo criminal. Em tal hipótese, a decisão criminal transitada em julgado fará coisa julgada também no âmbito cível, seja em sede de juízo estatal ou arbitral.

## **6. Síntese conclusiva**

Diante do aumento do interesse e esforços pela promoção da tutela reparatória às vítimas de danos concorrenciais nos últimos anos, houve incremento das discussões sobre os mecanismos que podem facilitar a busca e obtenção da indenização junto aos agentes econômicos infratores. Neste contexto, a arbitragem, meio alternativo de solução de litígios, que ganhou bastante impulso nas últimas décadas desde a edição da Lei de Arbitragem atualmente em vigor e com suas posteriores modificações, coloca-se como mais um instrumento que pode ser utilizado em prol do fortalecimento do *enforcement* privado do direito concorrencial na experiência brasileira.

A arbitragem não pode ser utilizada em qualquer situação de litígio, exigindo-se, como condição para sua instalação, o preenchimento dos requisitos de arbitrabilidade objetiva e subjetiva, portanto, que o tema em controvérsia se refira a direitos patrimoniais disponíveis, e as partes em litígio sejam plenamente capazes de contratar e dispor sobre tais direitos. Diante da natureza das questões relacionadas à reparação de danos concorrenciais, a arbitragem é instrumento que pode ser amplamente utilizado, e oferece algumas vantagens às partes, dentre as quais, a possibilidade de julgamento por um árbitro ou um painel bastante

especializado no tema em controvérsia e no mercado em que o mesmo se insere, o maior controle de prazos e dos custos do processo, inclusive com relação a honorários, e ainda, o sigilo das discussões, estas que podem se somar em desfavor da reputação das partes envolvidas, além dos fatos que inevitavelmente se tornam públicos em casos de ilícitos concorrenciais. Embora o sigilo em sede arbitral seja um tema controverso e esteja, inclusive, no atual estado de regramento jurídico, sob questionamento e potencialmente sujeito a alteração legislativa, continua sendo mais um elemento, e não o único, a ser considerado por partes interessadas e seus respectivos patronos.

Apesar das vantagens e amplas possibilidades de uso, a arbitragem tem suas limitações, não devendo ser considerada solução para qualquer hipótese de litígio, podendo, inclusive, ela própria ser criadora de soluções terminativas que violam normas de concorrência, devendo os julgadores ter atenção para que a sentença arbitral não apenas resolva as questões trazidas pelas partes, mas também se coadune com a normativa vigente, sob risco de posterior invalidação e ineficácia do laudo, e possível responsabilização das partes e dos próprios árbitros.

Por fim, há que se ter cuidado para não confundir a arbitragem, tal como prevista na Lei de Arbitragem e destinada a pôr fim a conflitos de interesse de forma terminativa, com outros instrumentos, úteis e já adotados na experiência brasileira com relação a temas da concorrência, ora funcionando como mecanismos de suporte à autoridade concorrencial, ora até mesmo evitando a formação de litígios, mas sujeitos a disciplinas distintas à da arbitragem propriamente dita.

## 7. Referências

ALMEIDA, José Gabriel Assis de. A Arbitragem e o Direito da Concorrência. In: FERRAZ, Rafaella; MUNIZ, Joaquim de Paiva (Coord.). Arbitragem Doméstica e Internacional: Estudos em Homenagem ao Prof. Theóphilo de Azeredo Santos. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

BARRIOS, Lucas de Góis; LAPA, Vitória Neffá. Arbitragem e direito concorrencial: ordem pública, confidencialidade e atuação dos árbitros. Revista de Defesa da Concorrência. CADE, vol. 9, nº 1, 2021,. Disponível em <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrancia/article/view/908>. Acesso em 12-12-2022.

BECKER, Bruno. Concorrência e arbitragem no direito brasileiro: hipóteses de incidência de questões concorrenciais em arbitragens. RJLB, Ano 1 (2015), nº 2, 2015. Disponível em [https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/2/2015\\_02\\_0239\\_0270.pdf](https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_0239_0270.pdf). Acesso em 12-12-2022.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA. *Projeto de Lei 3.293/2021*. Texto proposto e informações sobre tramitação disponíveis em <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2300144>. Acesso em 12-12-2022.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA. *Projeto de Lei 11.275/2018*. Texto proposto e informações sobre tramitação disponíveis em <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2190209>. Acesso em 12-12-2022.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Ato de Concentração 08700.004860/2016-11* (caso CETIP / BMF&BOVESPA). Voto da Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Disponível em [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPajvir5ABGTIZddrPeyFagURgMdipdfqOOxGySXlhlwHN9-dLNVjgPBbo6Z5uVwJnCHSgrq15CG1zXbhBgXAkM](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yPajvir5ABGTIZddrPeyFagURgMdipdfqOOxGySXlhlwHN9-dLNVjgPBbo6Z5uVwJnCHSgrq15CG1zXbhBgXAkM). Acesso em 12-12-2022.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47* (caso Fosbrasil / Vale Fertilizantes / Israel Chemicals). Acordo em Controle de Concentrações. Disponível em <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2015/03/CADE-Fosbrasil-ato-de-concentra%C3%A7%C3%A3o-arbitragem-ACC.pdf>. Acesso em 12-12-2022.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de Novembro de 2011. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm).

BRASIL. Lei nº 14.470, de 16 de Novembro de 2022. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2022/lei/L14470.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.470%2C%20DE%2016%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202022&text=Alterar%20a%20Lei%20n%C2%BA%2012.529,de%20infra%C3%A7%C3%B5es%20%C3%A0%20ordem%20econ%C3%B4mica](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14470.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2014.470%2C%20DE%2016%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202022&text=Alterar%20a%20Lei%20n%C2%BA%2012.529,de%20infra%C3%A7%C3%B5es%20%C3%A0%20ordem%20econ%C3%B4mica).

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 4ª Turma. REsp Nº 1.189.050-SP. Relator Min. Luis Felipe Salomão. J. em 01/03/2016. DJe 14/03/2016.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Corte Especial. REsp Nº 1.906.618-SP. Relator Min. Og Fernandes. J. em 16-03-2022. DJe 31/05/2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Plenário. SE 5.206. Relator Min. Sepúlveda Pertence. J. 12/02/2001. DJ 30/04/2004.

BROZOLO, Luca G. Radicati Di. Arbitragem e direito da concorrência. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 27, Out-Dez 2010.

COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. Nota Técnica sobre o Projeto de Lei n. 11.275/2018. Documento emitido em 18 de Outubro de 2019. Disponível em [https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2019/11/2019-10-18-nota-tecnica-pl11275\\_sem-enderecamento.pdf](https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2019/11/2019-10-18-nota-tecnica-pl11275_sem-enderecamento.pdf). Acesso em 12-12-2022.

ELIAS, Carlos Eduardo Stefen. O árbitro é (mesmo) juiz de fato e de direito? Análise dos poderes do árbitro vis-à-vis os poderes do juiz no novo Código de Processo Civil brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 54/2017 | p. 79 - 122 | Jul - Set / 2017.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. A vinculação a precedentes no processo arbitral: alterações promovidas pelo Código de Processo Civil de 2015 e sua interpretação conforme a Constituição Brasileira e a Lei de Arbitragem Brasileira. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 22/2020, pp. 31-49, Jan-Mar 2020. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos; ABRANCHES, Tatiana Machado Dunshee. Honorários advocatícios e alterações promovidas pelo novo código de processo civil. In CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Inovações do código de processo civil de 2015*. 1ª ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

GABBAY, Daniela Monteiro; PASTORE, Ricardo Ferreira. Arbitragem e Outros Meios de Solução de Conflitos em demandas Indenizatórias na Área de Direito da Concorrência. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Jul-Set/2014.

OECD. *Hearings: arbitration and competition.* 2010. Disponível em <https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/49294392.pdf>. Acesso em 12-12-2022.

OLIVEIRA JÚNIOR, Francisco Dias de. Enforcement privado do direito da concorrência no Brasil: uma análise sob o prisma dos ilícitos

concorrenciais e seus reflexos no âmbito da responsabilidade civil. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário 7 de Setembro - UNI7. Fortaleza, 2017.

REIS Jr. Antonio dos. *Função promocional da responsabilidade civil*. Indaiatuba: Foco, 2022.

ROST, Maria Augusta. Arbitragem como componente de uma política pública de combate a carteis em licitação no Brasil. Dissertação (Mestrado) Universidade de Brasília, 2018.

SIQUEIRA; Christiane Meneghini S. de; CIANFARANI, Siqueira1 Joana Temudo; BERNINI, Paula Müller Ribeiro. Derrubando os mitos da arbitragem para a reparação de danos concorrenciais. Revista do IBRAC, nº 2 – 2021. São Paulo: IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, 2021. Disponível em

[https://www.ibrac.org.br/UPLOADS/PDF/RevistadoIBRAC/Revista\\_do\\_IBRAC\\_2\\_2021.pdf](https://www.ibrac.org.br/UPLOADS/PDF/RevistadoIBRAC/Revista_do_IBRAC_2_2021.pdf). Acesso em 12-12-2022.

## 9. ENFORCEMENT PRIVADO E AÇÃO COLETIVA PARA REPARAÇÃO DE DANOS CONCORRENCIAIS

### 9. PRIVATE ENFORCEMENT AND CLASS ACTION TO REPAIR COMPETITIVE DAMAGES

*Beatriz Kenchian*

**Resumo:** O artigo propõe-se analisar a tutela coletiva como instrumento para reparação de danos causados pela prática de ilícitos concorrenciais. Primeiro, buscou-se traçar um panorama do *enforcement* privado no Brasil. A partir disso, buscou-se analisar a possibilidade da tutela coletiva para reparação de danos concorrenciais partindo da experiência norte-americana, especificamente quanto ao instituto das *class actions*, para então traçar a experiência brasileira. Por fim, os benefícios e dificuldades da tutela coletiva para efetiva reparação por ilícito antitruste são ponderados.

**Palavras-chave:** Direito Concorrencial; Infração contra a Ordem Econômica; Tutela coletiva; *Opt-out*. *Enforcement* Privado.

**Abstract:** The article proposes to analyze collective protection as an instrument for repairing damages caused by the practice of competitive offenses. First, we sought to outline a panorama of private enforcement in Brazil. From this, we sought to analyze the possibility of collective relief to repair competitive damages based on the North American experience, specifically regarding the institute of class actions, to then trace the Brazilian experience. Finally, the benefits and difficulties of collective relief for effective redress for antitrust offenses are considered.

**Keywords:** Competition Law; Competition Law Violations; Class Action; *Opt-out*; Private enforcement.

#### 1. *Enforcement* Privado no Brasil

A prática antitruste brasileira tem sido ancorada no *enforcement* público, especificamente na esfera administrativa por meio da atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”). Como consequência, a atividade contenciosa do antitruste privado é de natureza

incipiente no Brasil<sup>1</sup>. Nos últimos anos, entretanto, alguns pontos de inflexão contribuíram para intensificar os debates sobre o *enforcemet* privado no Brasil. Esses pontos de inflexão, alguns precedentes judiciais e uma estrutura legislativa resumem a situação atual da aplicação da concorrência privada brasileira.

A Lei da Concorrência<sup>2</sup> prevê que as partes lesadas, por si ou por seus legitimados, podem recorrer ao Judiciário para defender seus interesses individuais ou individuais homogêneos para obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como buscar reparação por perdas e danos. Ainda, tal disposição considera que um inquérito ou processo administrativo é independente, não sendo evitado nem suspenso com a propositura de ação judicial.

Uma das primeiras ações privadas para reparação de prejuízos causados por cartéis foi ajuizada em 2006, perante o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, e relacionava-se ao caso do cartel de aços longos<sup>3</sup>. Nesse caso, o grupo Cobraço obteve uma liminar obrigando a Arcelor-Mittal a adotar o mesmo preço, ajustado pela inflação, que vigorava antes do período do cartel (Cartel do Aço)<sup>4</sup>. Esse processo ocorreu após decisão do CADE, em 2005, que multou os fabricantes de aços longos por fixação de preços, alocação de clientes e manutenção do preço de revenda. Nessa ocasião, os tribunais decidiram favoravelmente sobre a reparação de perdas da política de superfaturamento do cartel.

Em 2010, o CADE inovou quando o ex-Conselheiro Fernando Furlan, relator do processo administrativo que ensejou a condenação das empresas envolvidas no Cartel dos Gases Industriais<sup>5</sup>, recomendou que uma cópia da decisão do Cartel Gases Industriais fosse enviada às partes potencialmente lesadas (Conselho Federal de Medicina, Confederação Nacional da Indústria, Associação Nacional de Hospitais Privados e Federação Brasileira de Hospitais) com o objetivo de habilitá-las e

---

<sup>1</sup> MATION, Gisela Ferreira. As Ações Civas para Cessação e Reparação de Danos Causados por Condutas Anticoncorrenciais no Brasil. III Prêmio Seae de Monografias em Defesa da Concorrência e Regulação Econômica Monografia – Escola de Administração Fazendária do Ministério da Fazenda, Brasília, 2008.

<sup>2</sup> Artigo 47 da Lei n° 12.529/2011.

<sup>3</sup> Processo n°002406984815-8 - Tribunal de Justiça de Minas Gerais.

<sup>4</sup> NOMAN, Gustavo Lage. Das provas em processo concorrencial. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

<sup>5</sup> Ato de Concentração n° 08012.007085/1998-06. Requerentes: Air Products Gases Industriais Ltda. e Química da Bahia Indústria e Comércio S.A.

incentivá-las a buscar a recuperação dos danos causados pela conduta anticompetitiva judicialmente. Nesse contexto, uma das ações civis públicas decorrentes desse esforço de divulgação por parte do CADE foi proposta pela Associação dos Hospitais de Minas Gerais<sup>6</sup>. Nesse caso, a atuação do CADE colaborou e incentivou a propositura da ação civil pública pela Associação dos Hospitais de Minas Gerais. Portanto, é possível identificar o movimento ativo do CADE, desde 2010, na promoção e incentivo das vítimas, ou seus representantes, para entrarem com ações no judiciário civil para buscar a reparação dos danos causados.

Em 2016, as discussões sobre a atividade contenciosa no antitruste privado cresceram quando uma decisão histórica do Supremo Tribunal de Justiça (STJ)<sup>7</sup>, (decisão no Cartel de Compressores<sup>8</sup>), ordenou que o CADE divulgasse documentos confidenciais originados de um acordo de leniência. A decisão no Cartel de Compressores possibilitou que os documentos oriundos do acordo de leniência subsidiassem os pedidos de indenização na medida em que o arcabouço legal dos programas de leniência previa apenas imunidade administrativa e criminal, e não civil. Além disso, foi fundamentada na regra de publicidade obrigatória para atos da administração pública brasileira. Portanto, a justificativa do STJ foi manter os documentos obtidos no âmbito de um programa de leniência como sigilosos e estender tal *status* à esfera cível, mesmo após o encerramento da investigação do CADE, perpetuando o dano a terceiros e, por extensão, dando aos requerentes da leniência um benefício não respaldado por lei.

Após recursos interpostos pelo CADE em relação à decisão no Cartel de Compressores, em 2018 o tribunal esclareceu que, via de regra, os documentos obtidos no âmbito de um acordo de leniência só poderiam ser disponibilizados após a decisão final do CADE e não podem incluir segredos comerciais e informações comercialmente sensíveis.

---

<sup>6</sup> BRASIL. 28ª Vara Cível de Belo Horizonte. Ação Civil Coletiva nº 7099345-90.2009.8.13.0024 – MG. Autor: Associação dos Hospitais de Minas Gerais; Réu: White Martins Gases Industriais LTDA. e outros. Belo Horizonte, MG, 25 de setembro de 2009.

<sup>7</sup> REsp nº 1554986/SP, Terceira Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio Bellizze.” [BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 155498. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Brasília, DF, 12 de março de 2066].

<sup>8</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.005069/2010-82. Representante Secretaria de Direito Econômico ("SDE") ex officio. Representados(as): Valter Taranzano, Lars Snitkjaer, Keishi Masuda.

Já em março de 2018, o CADE foi submetido a uma revisão por pares da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)<sup>9</sup>, que consistiu em uma avaliação ampla e minuciosa da política e legislação concorrencial brasileira e sua adequação aos padrões definidos pela OCDE. Nessa oportunidade, a OCDE reconheceu os notáveis esforços que o CADE havia feito para a promoção *enforcement* privado, mas apontou alguns obstáculos que a autoridade brasileira deveria enfrentar para alcançar a eficácia de sua aplicação, quais sejam (i) desafio na obtenção de provas; (ii) alto custo em entrar com ações no judiciário; e (iii) prazo de prescrição curto.

Ainda em 2018, com o objetivo de incentivar ainda mais a popularização das ações reparatórias de danos concorrenciais, o CADE editou a Resolução CADE nº 21/2018<sup>10</sup>, que regulamentou o acesso aos documentos e às informações constantes dos processos administrativos como subsídio para fundamentar os pedidos de reparação de danos, estendendo-se, inclusive, aos documentos oriundos de Acordo de Leniência, de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) e de ações judiciais de busca e apreensão. Tudo isso com o intuito de fomentar as ações de reparação de danos concorrenciais, explicitamente evidenciada na Seção III da Resolução 21/2018, que estabeleceu o ressarcimento judicial ou extrajudicial no âmbito de ações de reparação por danos concorrenciais como atenuante na dosimetria de multas e contribuições pecuniárias estipuladas pelo Tribunal do CADE.

Enfim, considerando as diversas iniciativas do CADE, aliadas ao evidente benefício do incentivo de um sistema de *enforcement* privado para a dissuasão de condutas anticompetitivas, o Poder Legislativo, na forma do Projeto de Lei 11.275/2018 (PL 11.275/2018), buscou promover alterações à Lei de Defesa da Concorrência. Tão recente, em julho de 2022, o PL 11.275/2018 foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados e, agora, pode seguir à sanção presidencial, a não ser que haja recurso do Plenário da Câmara dos Deputados para análise. Essa iniciativa normativa tem como objetivo engajar o fomento às ações de reparação de danos concorrenciais,

---

<sup>9</sup> ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OECD). OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-ENG-web.pdf>. Acesso em: 13.10.2021.

<sup>10</sup> Disponível em: <http://en.cade.gov.br/cade/assuntos/normas-e-legislacao/resolucao/resolucao-no-21-de-12-de-setembro-de-2018.pdf/view>. Acesso em: 13.10.2021.

introduzindo relevantes alterações processuais e incluindo mecanismos de incentivo à execução privada. Dentre os incentivos, se propõe o duplo ressarcimento de prejuízos sofridos em decorrência de infrações à ordem econômica e o prazo de prescrição para ações privadas de defesa da concorrência, enquanto a investigação estiver em andamento no CADE.

Diante dessa evolução, é visível que o CADE continua focado na prevenção de condutas anticompetitivas no Brasil e seus esforços já incluíram medidas relevantes para promover o litígio privado como uma ferramenta complementar à aplicação pública. Entretanto, o país enfrenta desafios relevantes, além de carecer de uma cultura contenciosa privada<sup>11</sup>. Dentre os desafios, destaca-se aqueles relacionados às custas, dificuldades processuais, complexidade econômica das discussões, falta de *expertise* do judiciário e potencial risco de retaliação. No entanto, o CADE está claramente buscando se alinhar com outras jurisdições mais maduras no que diz respeito à aplicação da concorrência privada.

## 2. Tutela Coletiva para Reparação de Danos Concorrenciais

Uma das formas mais eficazes de buscar reparação de danos concorrenciais no judiciário é por meio das ações coletivas. O fenômeno das ações coletivas no Brasil se manifesta na Constituição Federal sob diversas formas e demonstra que, já em 1988, eram evidentes as transformações sociais que levaram à massificação das relações e à consequente necessidade do instrumental coletivo.

A modernização da sociedade, a urbanização, a industrialização, a burocratização e o incremento das relações bancárias e de consumo, acarretaram o aumento da demanda por justiça. Ainda, o crescimento da população, das taxas de escolaridade, da conscientização de direitos, do número de advogados, a democratização do país e o surgimento de novos direitos<sup>12</sup> também foram fundamentais neste processo. Interesses de massa, segundo Ada Pellegrini Grinover<sup>13</sup>, comportam ofensas que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas.

---

<sup>11</sup> ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OECD). OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-ENG-web.pdf>. Acesso em: 13.10.2021.

<sup>12</sup> GALANTER, M. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. *Law & Society Review*, Amherst, v. 9, n. 1, 1974.

<sup>13</sup> GRINOVER, A. P. et al. (Ed.). *Processo coletivo: do surgimento à atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.226.

Como resultado desse movimento, a litigiosidade passou a assumir, frequentemente, um caráter repetitivo, por decorrer da massificação das relações econômicas e sociais. Nesse contexto, a ação coletiva, em princípio, assumiu um espaço como solução mais eficiente do que a ação individual, por, ao menos potencialmente, beneficiar todas as pessoas interessadas no resultado de um litígio, inclusive os grupos sistematicamente excluídos de direitos, produzir maior efeito dissuasório das condutas ilícitas e permitir a economia de recursos públicos e julgamentos mais céleres, ao congregar demandas<sup>14</sup>.

Especialmente para reparação de danos causados aos consumidores que tenham sofrido por condutas anticoncorrenciais, a ação coletiva é capaz de oferecer respostas justas e eficientes por dois principais motivos. *Primeiro*, o prejuízo sofrido muitas vezes não é elevado o suficiente para compensar os custos de uma ação individual. *Segundo*, a complexidade do tema e o acesso a informações também são obstáculos para as ações individuais, aumentando a importância das ações coletivas para reparação de danos decorrentes de infração contra a ordem econômica.

Diante desse contexto, o sistema de ações coletivas desenvolvido nos Estados Unidos é uma fonte de inspiração no tema porque trouxe importantes contribuições para as ações coletivas, principalmente a partir do instituto chamado *class actions*.

## 2.1. Apontamentos sobre a Experiência Norte Americana

Por muitas décadas, a jurisdição dos Estados Unidos foi a única a promover a aplicação privada do direito antitruste. Os Estados Unidos é um país que possui uma antiga tradição em matéria de ações indenizatórias por infrações concorrenciais e a aplicação do direito antitruste se dá, predominantemente, por meio de ações coletivas movidas por particulares.

A possibilidade de ações de indenização por violação do direito da concorrência teve início nos Estados Unidos a partir da adoção do *Sherman Act*, em 1890. A Seção 7 do *Sherman Act* dispôs que:

(...) qualquer pessoa que sofra prejuízos em seus negócios ou propriedade em razão de qualquer conduta proibida pelas leis antitruste poderá processar em qualquer Corte dos Estados

---

<sup>14</sup> REFOSCO, Helena Campos. Ação coletiva e democratização do acesso à justiça. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

Unidos, no distrito em que o réu resida ou em que se encontre seu representante, independente do valor da causa, e deverá receber três vezes os danos suportados, bem como os custos do processo, inclusos honorários advocatícios despendidos<sup>15</sup>.

Essa disposição foi sucedida pelo *Clayton Act*, em 1914, que tornou ainda mais evidente a reserva do papel da defesa da ordem concorrencial à iniciativa privada.

Um dos principais dispositivos trazidos pelo *Clayton Act*, que constitui importante incentivo à aplicação privada de reparação de danos por práticas anticompetitivas, é a previsão da condenação ao pagamento de valor equivalente ao triplo dos prejuízos sofridos pelos prejudicados, os chamados *treble damages*. Isto é, o particular prejudicado por uma infração antitruste tem a prerrogativa de pleitear em juízo uma indenização correspondente: (i) ao valor do prejuízo, (ii) aos gastos despendidos com o processo, bem como (iii) uma multa correspondente a 200% do valor dos prejuízos apurados.

A ideia do legislador norte americano com a adoção do instituto do *treble damage* foi reverter em favor do prejudicado, autor da ação, a integralidade do valor da multa imposta ao infrator, que corresponderá a duas vezes o prejuízo sofrido, como forma de incentivar os agentes privados a fiscalizar a conduta de seus concorrentes e demais agentes do mercado. A partir desse incentivo, o legislador mirou na multiplicação do número de agentes fiscalizadores do mercado, os consumidores, suprindo eventuais deficiências da atuação do Poder Público.

Diante desse contexto, um dos principais mecanismo que proporcionou a disseminação da aplicação privada do direito da concorrência nos Estados Unidos é modelo de ajuizamento de ações coletivas, as chamadas *class action*. A partir das *class actions*, um único prejudicado pela conduta pode liderar a demanda reparatória em nome próprio, e de todas as outras vítimas que tenham sido igualmente afetadas, unificando os interesses individuais homogêneos.

O instituto da *class action* revolucionou a tutela coletiva ao permitir que um ou mais membros de uma classe ajuizassem ação para a

---

<sup>15</sup> Tradução livre do original: “(...) any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney’s fee”.

defesa dos interesses de todos os seus membros, desde que atendam os pré-requisitos gerais de cabimento de qualquer ação de classe, quais sejam: (i) seja inviável a prática o litisconsórcio ativo dos interessados, (ii) estejam em debate questões de fato ou de direito comuns a toda a classe, (iii) tipicidade, em que as pretensões e as defesas sejam tipicamente de classe e (iv) representação adequada, em que os demandantes estejam em condições de defender de forma eficaz os interesses comuns<sup>16</sup>.

As pretensões movidas mediante as *class actions* são divididas em duas grandes categorias. A primeira delas é a das *injunctive class actions*, que são pretensões de natureza declaratória ou relacionadas com direito cuja tutela se efetiva mediante provimentos com ordens de fazer ou não fazer, geralmente no âmbito dos direitos civis.<sup>17</sup> A segunda são as *class actions for damages*, pretensões de natureza indenizatória de danos materiais individualmente sofridos.

Especificamente em relação às demandas voltadas à indenização de prejuízos coletivamente sofridos, as *class actions for damages*, as decisões atingem todos os integrantes do grupo lesados, mas esses podem requerer a expressa exclusão do grupo por meio do instituto *opt out*. Esse direito consiste na possibilidade do prejudicado escolher ficar de fora do alcance da coisa julgada na ação coletiva. Nesse caso, o silêncio significa a vinculação ao processo coletivo, pois somente se manifestada a vontade de autoexclusão, restará preservado o direito ao ajuizamento de uma demanda individual<sup>18</sup>.

O direito de autoexclusão do interessado, *right to opt out*, quando exercido, retira desse indivíduo qualquer possibilidade de subsunção à coisa julgada formada no processo coletivo que se retirou. Em vista disso, esse tipo de ação denomina-se *not mandatory class actions*. Se o indivíduo optar por excluir-se da demandada não poderá, em eventual julgamento favorável ao grupo, aproveitar-se da decisão, devendo, para tanto, ingressar com sua ação individual autônoma, que não necessariamente terá os mesmos resultados daquela coletiva.

Logo, o sistema de vinculação exercido pelo sistema norteamericano nas *class actions for damages* confere a liberdade ao membro

---

<sup>16</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. Op. cit. p. 24-26.

<sup>17</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. Op. cit. p. 26-27.

<sup>18</sup> DODSON, Scott. An opt-in option for class action. Michigan Law Review. Ann Arbor: University of Michigan Law School, v. 115, n. 2, nov. 2016, p. 172.

da classe em se vincular a uma demanda coletiva apenas se sua pretensão nela estiver retratada e se lhe for vantajoso<sup>19</sup>.

Com o passar do tempo, combinado com outros elementos e desenvolvimentos do sistema de *class action* americano, estima-se que cerca de 90% da aplicação da legislação antitruste nos Estados Unidos seja feita por meio de ações coletivas movidas por particulares<sup>20</sup>, e não da aplicação pública.

Evidente que tais ações desempenham função crucial na democratização da política antitruste na medida em que descentralizam a tomada de decisões das autoridades antitrustes e asseguram que as vítimas obtenham indenização pelos danos sofridos<sup>21</sup>. Ainda, a facilidade e a popularização da propositura das *class actions* promoveu uma atmosfera fiscalizadora que emana voluntariamente do povo e atua em favor do *enforcement* público.

Todas estas ferramentas foram responsáveis por desenvolver um forte sistema de *enforcement* privado no direito da concorrência nos Estados Unidos, ajudando a conduzir o país ao contexto atual em que o *enforcement* privado é mais expressivo do que o público no valor total das condenações<sup>22</sup>.

## 2.2. Apontamentos Sobre a Experiência Brasileira

---

<sup>19</sup> SZALAI, A. Beyond opt-in and opt-out: the law and economics of group litigation. In: HÁRSAGI, V.; VAN RHEE, C. H. Multi-party redress mechanisms in Europe: squeaking mice? Cambridge: Intersentia, 2014, p. 76.

<sup>20</sup> HOVENKAMP, H.J. Quantification of Harm in Private Antitrust Actions in the United States. University of Iowa Legal. Studies Research Paper, <http://ssrn.com/abstract=1758751>. HERBERT HOVENKAMP, escrevendo sobre a aplicação do direito antitruste nos Estados Unidos, esclarece que — “a ação privada continua a ser o principal mecanismo pelo qual as leis antitruste são aplicadas. Até 90% dos casos antitruste são movidos por demandantes na seara privada” (Tradução livre). Federal Antitrust Policy, p. 593.

<sup>21</sup> JONES, Alison. Private Enforcement of EU Competition Law: A Comparison with, and Lessons from, the US (January 14, 2016). M Bergström, M Iacovides, M Strand (eds), Harmonising EU Competition Litigation: The New Directive and Beyond (Hart Publishing, 2016), TLI Think! Paper 10/2016, Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2715796> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2715796>.

<sup>22</sup> Cf. LANDE, Robert H.; DAVIS, Joshua P. Toward an empirical and theoretical assessment of private antitrust enforcement. 36 Seattle University Law Review 36, no. 3. 2013. Disponível em <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/sulr/vol36/iss3/12/>

O sistema de proteção coletiva dos direitos foi, primordialmente, delineado na Constituição Federal e sua implementação deu-se por via de duas importantes leis. A primeira, a Lei da Ação Civil Pública<sup>23</sup> e a segunda, o Código de Defesa do Consumidor<sup>24</sup>. Da combinação desses dois diplomas legais é possível compreender as diferentes situações jurídicas que comportam tutela coletiva na ordem jurídica brasileira. Não obstante, esses dispositivos legais bebem da aplicação subsidiária do Código de Processo<sup>25</sup>.

Uma ação coletiva, por definição, envolve a tutela de interesses compartilhados por outras pessoas, que não atuam formalmente no processo.<sup>26</sup> Em qualquer ação dessa natureza, a pretensão deduzida estará vinculada a uma coletividade, categoria, classe ou grupo, bem como a indivíduos, não pertencendo o bem tutelado, com exclusividade, às partes formais do processo.

Nesse sentido, sendo a ordem econômica um valor social coletivo – artigo 170º da Constituição Federal e artigo 1º, parágrafo único, da Lei de Defesa da Concorrência - naturalmente se admite a defesa coletiva do direito. O artigo 47º da Lei de Defesa da Concorrência expressamente admite a possibilidade de os prejudicados, por si ou por legitimado, ingressarem em juízo para defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos.

A própria natureza do direito econômico e a violação ao mercado concorrencial trazem em si a noção de que os danos provocados afetam todo um segmento econômico ou até mesmo toda a economia. Se, por exemplo, hipoteticamente um cartel de caminhões manipula o preço do transporte, afetará não somente os revendedores, mas também as diversas categorias de consumidores, em toda a cadeia econômica, que tenham seus custos modificados.

Assim, o direito da concorrência, por ser um bem público<sup>27</sup> de interesse de toda a comunidade, admite sua defesa ao nível de direito

---

<sup>23</sup> Lei nº7.347/1985.

<sup>24</sup> Lei nº8.078/1990.

<sup>25</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Ação Popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. São Paulo: Saraiva, 1977.

<sup>26</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro, Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 30.

<sup>27</sup> Lei de Defesa da Concorrência, artigo 1º, parágrafo único.

individual homogêneo sob forma coletiva, porquanto a lesão de direito poderá atingir importante escala social.

Muito embora exista a previsão legal da tutela coletiva para defesa dos danos decorrentes de ilícitos concorrenciais, no ordenamento brasileiro, esse instrumento é pouco utilizado, o que pode ser explicado pelas especificidades atinentes ao regramento da matéria nas ações coletivas e pela demora em a resolução dos litígios desta natureza<sup>28</sup>.

### **3. Benefícios e Dificuldades da Tutela Coletiva para a Efetiva Reparação por Ilícito Antitruste**

Dados os apontamentos do sistema norte-americano e brasileiro referente à tutela coletiva para reparação de dano concorrencial, cumpre agora concluir as vantagens e alguns problemas práticos a serem enfrentados pelos operadores do direito na aplicação do instituto.

A propositura da ação coletiva para a tutela de interesses direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos é uma solução muito interessante para a reparação de danos concorrenciais. Isso porque ela possibilita: (i) o alcance da economia processual em razão de uma causa de pedir idêntica<sup>29</sup>, (ii) a potencial redução do custo processual, e (iii) a facilidade de ingressar como interveniente em processo administrativo em curso no CADE e, com isso, ter acesso a informações relevantes ainda durante o seu andamento.<sup>30</sup> É ainda mais vantajosa quando os danos sofridos pelos prejudicados têm origem comum, mas estes não têm estímulos para demandar individualmente.

O Professor Roberto Augusto Pfeiffer resume essa situação no direito antitruste da seguinte forma:

A via mais efetiva para a reparação dos consumidores que tenham sofrido danos decorrentes de condutas anticoncorrenciais é a ação coletiva para tutela de direitos

---

<sup>28</sup> MAIA, Mauricio Oscar Bandeira. Elementos das ações reparatórias por danos concorrenciais decorrentes de cartel. Dissertação de Mestrado, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021, p. 151.

<sup>29</sup> MAIA, Mauricio Oscar Bandeira. Elementos das ações reparatórias por danos concorrenciais decorrentes de cartel. Dissertação de Mestrado, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021, p. 147.

<sup>30</sup> MAIA, Mauricio Oscar Bandeira. Elementos das ações reparatórias por danos concorrenciais decorrentes de cartel. Dissertação de Mestrado, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021, p. 147.

individuais homogêneos. Isso porque normalmente o prejuízo sofrido não é elevado o suficiente para compensar os custos de uma ação individual. Ademais, a complexidade do tema e o acesso a informações também são obstáculos [...] <sup>31</sup>.

No mesmo sentido, as ações coletivas são instrumento para a economia processual porque concentram as lides. Com isso, tem condão de promover a igualdade da lei e a segurança jurídica, reduzindo o risco de decisões contraditórias, e atuam como instrumento efetivo para coibir a reiteração da prática de atos ilícitos.

Ademais, a persecução conjunta facilita a concretização da norma inscrita no artigo 47º da Lei de Defesa da Concorrência ao diminuir dois óbices já apontados: os custos da ação, custas judiciais, despesas com advogados e sucumbência em caso de derrota, e as dificuldades de um particular provar a prática anticompetitiva. <sup>32</sup>

A desnecessidade de adiantamento de custas, honorários periciais e quaisquer outras despesas nas ações coletivas <sup>33</sup> é um estímulo extra para que os prejudicados procurem a reparação coletiva, a fim de se beneficiar e poupar do risco de abandono da causa por conta de interesses individuais. <sup>34</sup>

Além disso, é evidente a dificuldade que se apresenta aos particulares para a efetiva demonstração dos prejuízos concorrenciais sofridos. Quando a tutela se dá de forma coletiva, essa dificuldade é diluída entre todos os prejudicados, seja porque instituições legitimadas tenham maior estrutura para produzir provas, seja porque o custo da prova técnica necessária é diluído entre todos os representados. <sup>35</sup>

A judicialização da indenização pelos danos individuais sofridos pela prática ilícito antitruste ganha relevância justamente quando se

---

<sup>31</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 249.

<sup>32</sup> FOER, Albert A.; CUNEO, Jonathan W. The international handbook on private enforcement of competition law. Cheltenham: Edward Elgar, 2011, p. 441.

<sup>33</sup> Código de Defesa do Consumidor, artigo 87 e Lei de Ação Civil Pública, artigo 18º.

<sup>34</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 224.

<sup>35</sup> FREITAS, Paulo Felipe Carneiro de. Tutela Coletiva da Responsabilidade Civil por Infração à ordem econômica. 2013. 120 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

aumenta o número de indivíduos lesados, considerados coletivamente. Assim, são conflitos em que grandes massas estão envolvidas, sendo que o processo deve se adaptar a tal realidade<sup>36</sup>.

Muito embora existam muitas vantagens na utilização dessa ferramenta, ainda hoje as limitações impostas à tutela coletiva são latentes. Essas limitações envolvem importantes pontos processuais, desde a legitimidade para agir, como também aspectos relativos aos efeitos e à vinculação da decisão.<sup>37</sup> Essas limitações fazem com que possa ser pouco racional para o demandante cuja demanda individual é viável, provocar a atuação de um legitimado coletivo ou requerer a suspensão da sua demanda com o intuito de se beneficiar de decisão na via coletiva.

Especificamente em casos de cartel, é importante considerar a possibilidade de compradores ou vendedores diretos, vítimas de infrações à ordem econômica, encontram dificuldades para propor demanda contra um infrator pelo risco de sofrerem retaliações. Nesses casos, a vantagem da atuação de um legitimado coletivo é a reserva da exposição ou participação mais ativa no conflito desses agentes, que pode facilitar uma posterior solução consensual. Além disso, por meio de uma demanda proposta por entidade associativa, é possível que se consiga reunir os interesses de concorrentes prejudicados suficientes para reduzir a capacidade do infrator de retaliá-los<sup>38</sup>.

Quanto ao sistema de vinculação das decisões na jurisdição brasileira, não se adota nem o sistema de inclusão (*opt in*), nem o de exclusão (*opt out*). Ainda que se entenda que a publicação do edital no Diário Oficial da União é de livre acesso a todos, provavelmente poucas pessoas terão conhecimento efetivo da demanda coletiva e menos indivíduos ainda suspenderiam seus processos. O resultado dessa situação é o surgimento de várias ações civis públicas e individuais sobre a mesma questão tramitando ao mesmo tempo em diversos juízos, comprometendo seriamente o judiciário e se opondo aos objetivos da tutela coletiva.

---

<sup>36</sup> MOREIRA, José Carlos de Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. Op. cit. p. 363.

<sup>37</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 240.

<sup>38</sup> GOMES, Adriano Camargo. Técnicas processuais adequadas à tutela reparatória dos danos individuais decorrentes de infrações à ordem econômica. São Paulo: Tese de Doutorado (Universidade de São Paulo), 2018, p. 336.

Por outro lado, ao permitirem a agregação de pretensões ínfimas em um só processo, do ponto de vista individual, incrementam o acesso à justiça. Isso ocorre quando há um dano individualmente ínfimo, mas que unido com os demais, assumem significativa proporção global. Por exemplo, no caso em que uma fábrica comercialize cem gramas a menos do que consta em embalagens de chocolate, somente as ações coletivas funcionarão como instrumento eficaz de tutela.

Isto posto, conclui-se que as técnicas do processo coletivo e seus objetivos de facilitação do acesso à justiça e a prestação de tutela jurisdicional específica são amplamente aplicáveis no campo do direito econômico da concorrência.

A defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos concorrenciais se afirma no ordenamento jurídico nacional como instrumento efetivo de prevenção e reparação do abuso do poder econômico e como instrumento de implementação e renovação da ordem econômica constitucional.

Portanto, as ações coletivas mostram-se capazes de romper com a força inercial dos litigantes individuais, ante a possibilidade de ampla tutela de direitos difusos, bem como pela relevância social de seu ressarcimento apontada quando discutida anteriormente a necessidade de fortalecimento do *enforcement* privado do Direito Antitruste no Brasil.

#### **4. Conclusão**

Para a adequada proteção da concorrência, não basta apenas a atuação pública do Estado como repressor, mas sim, a atuação conjunta do *enforcement* privado como potencializador da proteção desse bem jurídico de interesse coletivo.

O Direito da Concorrência é construído e alicerçado em princípios constitucionais que visam proteger a liberdade de concorrer, a livre iniciativa, o desenvolvimento econômico, a inovação e a proteção e bem-estar do consumidor. Para que todos esses elementos sejam amparados, é de extrema relevância que o *enforcement* público e privado, em colaboração, se desenvolvam a ponto que consigam cessar e reparar todos, ou quase, os danos que a infração à ordem econômica possa causar. Para isso, muito além de defender os concorrentes do mercado, é de igual importância reparar os danos causados aos consumidores finais e à concorrência como instituição.

No Brasil, o principal defensor da concorrência é o Estado, que atua na esfera administrativa por meio do CADE. A conjuntura atual permite eleger o CADE como o grande responsável pelo forte *enforcement* público no Brasil. A atuação da autarquia cobre grande parte do exercício em prol da defesa da concorrência, por meio de suas funções preventivas e repressivas e com a missão de zelar pela livre concorrência do mercado.

No âmbito da tutela reparatória, o *enforcement* público desempenha importante papel na repressão dos agentes do mercado, por meio de multas e acordos, que incorrem em práticas colusivas e práticas unilaterais ilícitas. Por ser mais consolidado, o *enforcement* público é protagonista na defesa da concorrência, mas a atividade contenciosa do antitruste privado ainda é incipiente no Brasil.

O *enforcement* privado é a possibilidade de que as partes lesadas dispõem de recorrer ao Judiciário para defender seus interesses individuais difusos, assim como as partes elegíveis de defender direitos individuais coletivos ou homogêneos em juízo, para cessar as práticas anticompetitivas e buscar reparação de perdas e danos.

A cooperação entre o *enforcement* público e privado é fundamental na medida em que ambas são ferramentas complementares e servem ao mesmo objetivo final: garantir o cumprimento ideal das regras de concorrência. Assim, a atuação conjunta do *enforcement* público e privado tem potencial de aumentar a repressão dos agentes que incorrem em ilícitos concorrenciais e fortalecer o funcionamento da concorrência.

Entretanto, há desafios a serem enfrentados, posto que, apesar de norma legal expressa que prevê a reparação do dano concorrencial na esfera privada, a experiência brasileira demonstra que as ações privadas que pleiteiam reparação de dano causado por práticas anticompetitivas são pouco muito utilizadas e exploradas.

A experiência norte-americana demonstra que as ações coletivas são importantes ferramentas para o fortalecimento do *enforcement* privado da defesa da concorrência. O instituto das *class actions* foi um dos principais mecanismos que proporcionou a disseminação da aplicação privada do direito da concorrência nos Estados Unidos e é o modelo mais eficaz e utilizado na pretensão reparatória dos danos por condutas anticompetitivas.

Nesse sentido, a partir dos apontamentos da experiência norte-americana e da análise do contexto brasileiro, defendeu-se que a tutela coletiva para a reparação de danos concorrenciais é a solução mais vantajosa para garantir a efetividade da tutela reparatória.

A propositura da ação coletiva para a tutela de interesses direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos é a solução mais eficiente para a reparação de danos concorrenciais porque ela possibilita: (i) economia processual; (ii) a redução do custo processual; (iii) incentiva o maior acesso à justiça a um grupo maior de prejudicados; (iv) ampliação do espaço amostral para a produção de provas; e (v) a potencialização do caráter dissuasório, quando acrescido o risco de reparação do dano ao particular no judiciário, além do pagamento de multas no âmbito administrativo.

Não somente, o incentivo, e conseqüente aumento das ações indenizatórias, tem potencial de promover a difusão do conhecimento de reparação pelos danos concorrenciais tanto entre os operadores do direito quanto pela sociedade como consumidora final. A função educativa depende não apenas do valor das multas impostas aos infratores, mas também da clara difusão acerca da reparação do dano. O impulso da sociedade em conjunto com uma rede especializada de juristas, pela luta em prol do direito da concorrência e do consumidor, é capaz de gerar grande potencial transformador.

Com isso, a construção de uma cultura de defesa do direito concorrencial é fortalecida como um todo, por meio dos esforços públicos, dos operadores do direito e pela sociedade consumidora.

## 5. Referências

ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 224.

BRASIL. 28ª Vara Cível de Belo Horizonte. Ação Civil Coletiva nº 7099345-90.2009.8.13.0024 – MG. Autor: Associação dos Hospitais de Minas Gerais; Réu: White Martins Gases Industriais LTDA. e outros. Belo Horizonte, MG, 25 de setembro de 2009.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.005069/2010-82. Representante Secretária de Direito Econômico ("SDE") ex officio. Representados(as): Valter Taranzano, Lars Snitkjaer, Keishi Masuda. Brasília, DF.

CONNOR, John M.; FOER, Albert A; CUNEO, Jonathan W. (orgs.). The International Handbook of Private Enforcement of Competition Law. Cheltenham (Inglaterra): Edward Elgar Publishing, 2010.

DODSON, Scott. An opt-in option for class action. Michigan Law Review. Ann Arbor: University of Michigan Law School, v. 115, n. 2, nov. 2016, p. 172.

FREITAS, Paulo Felipe Carneiro de. Tutela Coletiva da Responsabilidade Civil por Infração à ordem econômica. 2013. 120 p. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

GALANTER, M. Why the “haves” come out ahead: speculations on the limits of legal change. Law & Society Review, Amherst, v. 9, n. 1, 1974

GOMES, Adriano Camargo. Técnicas processuais adequadas à tutela reparatória dos danos individuais decorrentes de infrações à ordem econômica. São Paulo: Tese de Doutorado (Universidade de São Paulo), 2018.

GRINOVER, A. P. et al. (Ed.). Processo coletivo: do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P.226

HOVENKAMP, Herbert. Antitrust’s protected classes. Michigan Law Review, v. 88, n. 1, 1989/1990.

JONES, Alison. Private Enforcement of EU Competition Law: A Comparison with, and Lessons from, the US. In: BERGSTRÖM, M.; IACOVIDES, M.; STRAND, M. (eds.). Harmonising EU Competition

Litigation: The New Directive and Beyond. Londres: Hart Publishing, 2016.

LANDE, Robert H.; DAVIS, Joshua P. Toward an empirical and theoretical assessment of private antitrust enforcement. *Seattle University Law Review*, v. 36, n. 3, p. 1269-1335, 2013. Disponível em <https://digitalcommons.law.seattleu.edu/sulr/vol36/iss3/12/>.

MAIA, Mauricio Oscar Bandeira. Elementos das ações reparatórias por danos concorrenciais decorrentes de cartel. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021.

MATION, Gisela Ferreira. As Ações Cíveis para Cessação e Reparação de Danos Causados por Condutas Anticoncorrenciais no Brasil. III Prêmio Seac de Monografias em Defesa da Concorrência e Regulação Econômica Monografia – Escola de Administração Fazendária do Ministério da Fazenda, Brasília, 2008.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Ação Popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. São Paulo: Saraiva, 1977

MOREIRA, José Carlos de Barbosa. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo*, vol. 61, p. 187. Janeiro, 1991.

NOMAN, Gustavo Lage. Das provas em processo concorrenciais. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: [www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp136669.pdf](http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp136669.pdf). Acesso em: 13.10.2021.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OECD). OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-ENG-web.pdf>. Acesso em: 13.10.2021.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

SZALAI, A. Beyond opt-in and opt-out: the law and economics of group litigation. In: HÁRSAGI, V.; VAN RHEE, C. H. Multi-party redress mechanisms in Europe: squeaking mice? Cambridge: Intersentia, 2014.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo Coletivo: Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

## 10. CLÁUSULA DE SUBMISSÃO OBRIGATÓRIA AO JUÍZO ARBITRAL EM TERMOS DE COMPROMISSO DE CESSAÇÃO (TCC): PANORAMA DE BENEFÍCIOS E DESAFIOS<sup>1</sup>

### *10. MANDATORY SUBMISSION CLAUSE TO THE ARBITRAL COURT IN CEASE-AND-DESIST COMMITMENT: AN OVERVIEW OF BENEFITS AND CHALLENGES*

*Camila Monferrari Oliveira*

**Resumo:** A Lei 14.470/2022 adicionou à Lei 12.529/2011 dispositivos visando a estruturação efetiva do *private enforcement* brasileiro. No Projeto de Lei original, fora previsto a adição do parágrafo 16 ao artigo 85 da lei, veiculando a obrigatoriedade de cláusula arbitral nos Termos de Compromisso de Cessação (TCC) celebrados com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Apesar do veto presidencial ao dispositivo, o presente artigo discute a possibilidade desse tipo de cláusula arbitral em TCCs, analisando as vantagens e preocupações de seu uso na persecução privada concorrencial.

**Palavras-chave:** persecução privada, Termo de Compromisso de Cessação, arbitragem.

**Abstract:** Law 14.470/2022 added provisions to Law 12.529/2011 aiming the effective structuring of Brazilian private enforcement. In the original bill, the addition of paragraph 16 to article 85 of the law was foreseen, conveying the obligation of an arbitration clause in the Termination Commitment Terms (TCC) entered into with the Administrative Council for Economic Defense. Despite the presidential veto to the device, this article discusses the possibility of this type of arbitration clause in TCCs, analyzing the advantages and concerns of its use in private competition prosecution.

---

<sup>1</sup> A discussão do presente artigo foi proposta em momento anterior a sanção da Lei 14.470/2022, no contexto de aprovação do texto do Projeto de Lei 11.275/2018 pela Câmara de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). Desse modo, após o veto do dispositivo discutido pelo artigo em novembro de 2022, o mesmo foi posteriormente e integralmente e revisado para que pudesse manter seu objeto.

**Keywords:** private enforcement, Cease-and-Desist Commitment, arbitration.

## 1. Introdução

Sancionada com veto presidencial parcial em 16 de novembro de 2022, a nova Lei 14.470/2022 altera a Lei 12.529/2011 prevendo modificações substanciais e contribuições na estruturação da persecução privada de danos concorrenciais no Brasil. Apesar de algum burburinho na esfera antitruste desde julho de 2022, com menções sobre a aprovação do projeto de lei pela CCJC nos portais jurídicos à época, o assunto ainda não conquistou o atual *mainstream* concorrencial. No entanto, certa atenção deve ser dispensada às mudanças que a lei representa, tendo em vista que os acréscimos realizados à atual lei de defesa da concorrência brasileira se afiguram aptos a, possivelmente, estruturar a persecução privada por danos concorrenciais no Brasil de forma mais efetiva.

Em linhas gerais, a persecução privada por danos concorrenciais – ou *private enforcement* – pode ser entendida como âmbito privado de persecução por dano concorrencial, lastreado na possibilidade de que partes prejudicadas por condutas anticompetitivas busquem a reparação cível cabível. Para a OCDE, inclusive, a persecução concorrencial privada é complementar à atuação da autoridade da concorrência (persecução pública ou *public enforcement*) na busca pelo interesse público e na efetividade da lei antitruste.<sup>2</sup>

Sem desprezar a importância de se compreender as futuras implicações para o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) da totalidade de inovações trazidas pela Lei 14.470/2022, o presente artigo centra-se no dispositivo que fora vetado do Projeto de Lei 11.275/2018 e a possibilidade que ele apresenta. A previsão do artigo 1º do Projeto de Lei 11.275/2018 acrescentava o parágrafo 16 ao artigo 85 da Lei 12.529/2011, disciplinando uma interseção sensível entre a persecução privada concorrencial, os acordos estabelecidos junto à autarquia de defesa de concorrência e a utilização da arbitragem, prevendo uma cláusula de submissão arbitral obrigatória em Termos de Compromisso de Cessação

---

<sup>2</sup> OCDE. Public and Private Antitrust Enforcement in Competition. 2010. p.11. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M\(2015\)1/ANN3/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M(2015)1/ANN3/FINAL/en/pdf). Acesso em: 7 ago. 2022.

(TCC). Privilegiando soluções alternativas de conflito, o dispositivo previsto no Projeto de Lei 11.275/2018 “fugia” da solução jurisdicional clássica para ARDCs e estabelecia a instituição, nos casos de TCCs, de cláusula de submissão obrigatória ao juízo arbitral no caso de reparação de danos civis concorrenciais.

Apesar da sanção da lei com o veto do referido dispositivo, o presente artigo busca analisar, em uma ótica de ponderação sobre os possíveis benefícios e preocupações, as possibilidades acerca das cláusulas arbitrais em TCCs, tendo em vista que essa pode ser uma importante discussão no âmbito da reparação privada nos casos em que há acordo com a autarquia.

Nesse sentido, sabe-se que, em relação aos acordos firmados com o Cade, a reparação civil do dano concorrencial – instrumento principal da persecução concorrencial privada – não é condição para assinatura de Acordo de Leniência ou de Termo de Compromisso de Cessação.<sup>3</sup> Em contrapartida, também não há isenção de que beneficiários e compromissários dos acordos administrativos sejam demandados em ações para reparação de danos civis concorrenciais (ARDCs) frente ao Judiciário<sup>4</sup>, de modo que o acordo administrativo não isenta a responsabilidade civil.

Dado o contexto, o presente artigo cuidará de analisar os pontos favoráveis e as preocupações advindas de uma cláusula de submissão obrigatória ao juízo arbitral em termos de compromisso, principalmente

---

<sup>3</sup> Conforme a Resolução 21/2018 do CADE, no entanto, a Superintendência-Geral do Cade e o Tribunal do Cade poderão considerar como circunstância atenuante, seja na contribuição pecuniária ou no montante de multa, caso haja ressarcimento extrajudicial ou judicial devidamente comprovado no âmbito das Ações de Reparação por Danos Concorrenciais. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.hp?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOBW1wi2BIgHkFzHYAbp2tiaipuTiy15xzmH33qiGjC.WMDetWZR-kGnRQyG8vei7xM\\_nxTy3\\_CZ4xui30\\_UBNsN](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.hp?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOBW1wi2BIgHkFzHYAbp2tiaipuTiy15xzmH33qiGjC.WMDetWZR-kGnRQyG8vei7xM_nxTy3_CZ4xui30_UBNsN). Acesso em: 1 ago. 2022.

<sup>4</sup> BERNINI, Paula Muller Ribeiro; SIQUEIRA, Christiane Meneghini S. de; CIANFARANI, Joana Temudo. Derrubando os mitos da arbitragem para a reparação de danos concorrenciais. Jota, 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/elas-no-jota/derrubando-os-mitos-da-arbitragem-para-a-reparacao-de-danos-concorrenciais-07072021>. Acesso em: 20 jul. 2022.

sob a luz do instituto da arbitragem e de suas características próprias, como a voluntariedade.

Para tanto, o artigo está organizado em seis seções, sendo a primeira delas essa breve introdução. A Seção 2 discorre sobre os desafios das ARDCs e o papel da arbitragem na solução de lides antitruste, inclusive com a experiência internacional no assunto. A Seção 3 aborda como foi redigido o parágrafo 16 do Projeto de Lei, a obrigação de submissão ao juízo arbitral nos TCCs, bem como seus possíveis ganhos à reparação de danos civis concorrenciais.

Já a Seção 4 cuidará de expor as questões relevantes a respeito da instituição de uma cláusula obrigatória de submissão ao juízo arbitral, no que tange a arquitetura de incentivos dos TCCs e a legalidade desse tipo de disposição. Após a exposição realizada, a Seção 5 demonstrará caminhos possíveis para que a utilização do juízo arbitral possa estar aliada as previsões dos Termos de Cessação de Conduta. Em fechamento, a Seção 6 apresentará as conclusões do presente trabalho.

## **2. Arbitragem e persecução concorrencial**

De início, necessária a menção de que a persecução privada não é exatamente uma novidade no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Há quase uma década o direito ao ajuizamento de ARDCs em virtude de infração à ordem econômica consta previsto no artigo 47 da Lei 12.529/2011 e, em verdade, a previsão específica sequer seria necessária: o regime de responsabilidade civil por ato ilícito expresso nos artigos 186, 187, e 927 do Código Civil é suficiente para a demanda de reparação de danos concorrenciais.

Em 2018, foi aprovada pelo Cade a Resolução nº 21, a qual cuidou de disciplinar os procedimentos previstos nos artigos. 47, 49, 85 e 86 da Lei nº 12.529 regulamentando, principalmente, os procedimentos de acesso aos documentos e às informações constantes dos Processos Administrativos com objetivo principal de fornecer instrumentos aptos a fomentar as ações civis de reparação por danos concorrenciais.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Resolução 21/2018. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOBW1wi2BIgHkFzHYAbp2tiaipuTiy15xzmH33qiGjC\\_WMDetWZR-kGnRQyG8vei7xM\\_nxTy3\\_CZ4xui30\\_UBNsN](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOBW1wi2BIgHkFzHYAbp2tiaipuTiy15xzmH33qiGjC_WMDetWZR-kGnRQyG8vei7xM_nxTy3_CZ4xui30_UBNsN). Acesso em: 1 ago. 2022

Contudo, apesar de contar com previsão geral no Código Civil, específica na legislação antitruste ser, em parte, regulamentada pela autarquia, é notório que no Brasil a “reparação privada ainda não decolou”.<sup>6</sup> Pesquisa empreendida em 2021 por Fernandes<sup>7</sup> apurou que apenas 49 ARDCs foram ajuizadas no Brasil em virtude de conduta colusiva nos últimos 28 anos – ou seja, desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994. Além de uma média de 1,75 ARDCs ajuizadas por ano em todo território nacional, apenas duas das 49 ações tiveram decisão de mérito pela procedência – 4% do total.

Algumas razões para a dificuldade de desenvolvimento de uma persecução privada efetiva no país, e a consequente falta de estímulo/incentivo à propositura de ARDCs, podem ser elencadas.

Um dos pontos passíveis de menção seria a ausência de estruturação do instituto deixada pelo artigo 47, mesmo com os mencionados esforços da autarquia. Sob essa perspectiva, a regulamentação trazida no bojo da Lei 14.470/2022, através dos artigos 46-A 47-A, pode auxiliar que a demanda pelas ARDCs seja incrementada ao dirimir dúvidas e prever expressamente questões importantes, como o prazo e o marco prescricional para ajuizamento da ação e a possibilidade de concessão de tutela provisória.

Nesse sentido, apesar de desnecessária a previsão e a regulamentação específica do ponto de vista legal, não restam dúvidas de que a estruturação do instituto facilita a aplicação e o desenvolvimento da persecução concorrencial privada pelo Poder Judiciário. Se não por outra razão, entre os anos de 2012 a 2015 países como Bélgica e Portugal, bem como a própria União Europeia, editaram regulamentos específicos sobre *redress schemes* no contexto da persecução privada concorrencial.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> ATHAYDE, Amanda; SILVA, Leonardo Rocha e; FERREIRA, Jackson. Reparação de danos concorrenciais e a política pública de acordos com o Cade. *Conjur*, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-19/opiniao-danos-concorrenciais-politica-publica-cade>. Acesso em 25 jul. 2022.

<sup>7</sup> FERNANDES, Luana Graziela Alves. Passing On Defense: Jurisprudência Brasileira atual em ações de reparação de danos por cartel. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 26, n. 1, p. 23. 2021. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/153359>. Acesso em: 28 jul. 2022.

<sup>8</sup> PARIS, Sofia Oliveira. Private antitrust enforcement: a new era for collective redress. *YARS*, v. 12, p. 11, 2015. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/yars12&div=6&id=&page=>. Acesso em 3 ago. 2022.

Apesar de ponto importante do cenário de litigância privada concorrencial no Brasil, o gargalo apontado acima pela ausência de regulamentação não é o único entrave ao desenvolvimento do instituto. A Nota Técnica 24/GAB-SG, exarada pela Superintendência-Geral do Cade em 2016<sup>9</sup>, já apontava diversas outras dificuldades no estabelecimento de uma persecução concorrencial privada efetiva no Brasil, como a questão do acesso aos documentos de Processos Administrativos e acordos.

Além das questões mencionadas pela Nota Técnica, a reparação civil concorrencial enfrenta desafios diversos, como: (i) problemas quanto à baixa difusão da matéria concorrencial, que impacta diretamente no conhecimento dessa pelos prejudicados e pelos órgãos julgadores; (ii) problemas quanto à instrução judicial procedimental das ARDCs (dificuldades probatórias, quanto à análise econômica e de mensuração do dano) e (iii) problemas estruturais quanto ao trâmite do processo judicial (como custos, morosidade judicial e ausência de especialidade do juízo) – todos pontos que acabam por contribuir com uma baixa demanda pelas ações.

Quanto as duas últimas categorias elencadas, sabe-se que os entraves com Poder Judiciário são percebidos nas mais diversas áreas e afetam não só as ARDCs. O volume de ações ajuizadas no Poder Judiciário, principalmente na esfera estadual – a qual concentra toda competência residual – impacta radicalmente na dificuldade de apreciação verticalmente profunda das matérias, célere e especializada das demandas pelo Poder Judiciário.

No entanto, como coloca Soares<sup>10</sup>, a solução para os problemas hoje vislumbrados no âmbito judicial exige, principalmente, que um novo comportamento dos litigantes seja desenvolvido – qual seja, a busca por métodos alternativos de solução de litígios. O estímulo ao uso dessas

---

<sup>9</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Superintendência-Geral. Processo Administrativo 08700.007888/2016-00. Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/Cade, Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMtfNw6RSaWBYnMIjZ1\\_bzRh-8Ikzt1-iNRyLL15IZf-3xQwsFz3fuho1cgx-BuAiGIidXH0CI2pcjLZznRWZf0X](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMtfNw6RSaWBYnMIjZ1_bzRh-8Ikzt1-iNRyLL15IZf-3xQwsFz3fuho1cgx-BuAiGIidXH0CI2pcjLZznRWZf0X). Acesso em: 3 ago. 2022

<sup>10</sup> SOARES, Tamírames de Almeida Damásio. As vantagens e desvantagens do procedimento arbitral e o limite mínimo da publicidade nas controvérsias que envolvem a administração pública. Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública, v. 2, n. 1, p. 39. 2016. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/638>. Acesso em 27 jul. 2022.

soluções, inclusive, deve ser alavancado pelo Poder Público, o qual conta com condições, seja pela via legislativa ou de implementação de políticas públicas, de induzir e fomentar uma postura coletiva de diminuição de ajuizamento de ações no Judiciário e a busca por soluções negociais e alternativas.

É neste cenário que a opção pela arbitragem como forma de solução de conflitos e reparação privada de danos concorrenciais surge como possível caminho, apresentando “alternativa à morosidade do Poder Judiciário e um ambiente para decisões altamente técnicas, por meio de procedimento reservado, rápido e eficiente”.<sup>11</sup>

Apesar da resolução via arbitragem na matéria concorrencial já ter suscitado dúvidas sobre sua possibilidade, sendo, inclusive, entendida como incompatível com o direito antitruste na jurisprudência norte-americana até 1985<sup>12</sup>, atualmente entende-se que é plenamente viável a resolução de questões relacionadas ao Direito da Concorrência por juízo arbitral, mesmo se tratando de matéria eminentemente pública<sup>13</sup>, quando diante da reparação privada de danos.

O documento *Arbitration and Competition*, publicado em 2010 pela OCDE<sup>14</sup>, expõe que a arbitragem concorrencial pode assumir duas diferentes feições. Na primeira, a arbitragem surge como recurso no âmbito do *private enforcement*, através da reparação de danos civis concorrenciais demandadas no juízo arbitral; enquanto na segunda, a arbitragem seria ferramenta do *enforcement* público para aplicação do direito da concorrência pelas autoridades.

A segunda possibilidade é tema ainda complexo. O direito da concorrência, na perspectiva da persecução pública, trata de matéria de

---

<sup>11</sup> ROST, Maria Augusta. Arbitragem como componente de uma política pública de combate a cartéis em licitação no Brasil. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília, p. 129, 2018.. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/32097>. Acesso em 27 jul. 2022.

<sup>12</sup> BARRIOS, Lucas de Góis; NEFFÁ LAPA, Vitória. Arbitragem e direito concorrencial: ordem pública, confidencialidade e atuação dos árbitros . Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 9, n. 1, p. 150. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3c9s5nD>. Acesso em: 15 ago. 2022.

<sup>13</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel. 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.

<sup>14</sup> OCDE. Arbitration and Competition 2010: Hearings. Note by the Secretariat. DAF/COMP. Paris: OECD. p. 9. 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3uT9y32>. Acesso em: 9 ago. 2022.

ordem pública e cuida de direitos indisponíveis, de modo que a arbitragem é dificilmente admitida e as competências administrativa e criminal para o assunto seguem reservadas às autoridades públicas.<sup>15</sup>

No entanto, a primeira opção se consubstancia em uso ideal da arbitragem no campo concorrencial. Nesses casos, o procedimento arbitral estaria, em suma, ligado à alocação *ex post* de danos civis concorrenciais – matéria de interesse privado e relativa a direito patrimonial disponível.

As vantagens da utilização do juízo arbitral em substituição ao judiciário são amplamente difundidas desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, o qual notadamente privilegiou métodos processuais alternativos e compositivos. Dentre elas, a especialidade do juízo; celeridade; voluntariedade e a flexibilidade do procedimento arbitral são ganhos notáveis e que acarretam, em consequência, um processo mais eficiente para os envolvidos. No campo da arbitragem concorrencial, algumas dessas vantagens e os benefícios delas decorrentes são ainda amplificados principalmente pela extrema especialidade da matéria e por se situar em campo limítrofe entre direito e economia, o que pode vir a demandar análises complexas nos processos.

Diante dessa perspectiva, foi inserido no artigo 1º do Projeto de Lei 11.275/2018 (sancionada parcialmente como Lei 14.470/2022) a previsão de adição do parágrafo 16 no artigo 85 da Lei 12.529/2011 acrescentando, pela via legislativa, a arbitragem na reparação de danos civis por ilícito concorrencial. Através do dispositivo, seria instituída cláusula compromissória arbitral obrigatória nos Termo de Compromisso de Cessação firmados com o Cade, impondo que os Compromissários fossem submetidos ao juízo arbitral nos casos de demandas de reparação por danos civis concorrenciais.

Sobre a inclusão do parágrafo, o Parecer da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços salientou sua possível capacidade de agilizar o andamento de ações de reparação de dano e simplificar o acesso ao instituto da arbitragem para a resolução das lides concorrenciais.<sup>16</sup> Em uma mesma direção, o Parecer da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados opinou que a cláusula de

---

<sup>15</sup> BARRIOS, Lucas de Góis.; NEFFÁ LAPA, Vitória. *Op. Cit.* p. 153.

<sup>16</sup> BRASIL. Parecer nº 1/2019 da Comissão De Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1766898&filename=PRL+1+CDEICS+%3D%3E+PL+11275/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1766898&filename=PRL+1+CDEICS+%3D%3E+PL+11275/2018). Acesso em: 26 jul. 2022.



antitruste na qual o próprio departamento pode ser parte envolvida na arbitragem. A ideia do documento é, principalmente, veicular orientações sobre acordos de arbitragem concorrencial, os casos em que ela é indicada e como ela deve ser formalizada perante o DOJ.<sup>20</sup>

Na experiência Belga, a qual é um importante centro de arbitragem, menciona-se que há uma forte tendência de respeito e manutenção de acordos arbitrais válidos, mesmo em questões concorrenciais, de modo que também não há impedimentos para utilização de arbitragens internacionais nestes casos.<sup>21</sup>

Na França, é cediço que partes prejudicadas por condutas anticompetitivas podem recorrer à métodos alternativos de resolução de conflito, como a arbitragem, visando reparação de danos concorrenciais e a Diretiva francesa a respeito do assunto considera que os mecanismos alternativos de resolução de litígios são complementares aos litígios judiciais. Sobre a arbitragem concorrencial na França dois pontos importantes devem ser destacados. O primeiro deles é que, como no Brasil, há uma grande dificuldade na obtenção das provas que estão protegidas pela confidencialidade nos casos em que o infrator estabelece acordo com a autoridade – e, como será trabalhado adiante, a manutenção de confidencialidade oferecida pela arbitragem é uma das soluções para essa questão. Além disso, importante mencionar que o artigo L 481-13 do Código Comercial prevê que o infrator que realizar acordo com os prejudicados estará desobrigado frente aos demais infratores, o que é apontando como dispositivo apto a estimular a existência de acordos rápidos e discretos entre infrator e prejudicado.<sup>22</sup>

Em sentido contrário das demais jurisdições, em recente manifestação sobre o assunto, o Tribunal Chinês teve posição contrária à possibilidade de utilização de cláusulas arbitrais compromissórias em litígios antitruste. Em decisão dissonante da posição majoritária exarada

---

<sup>20</sup> DOJ. Justice Department Issues Guidance On The Use Of Arbitration And Launches Small Business Help Center. Disponível em: [Justice Department Issues Guidance On The Use Of Arbitration And Launches Small Business Help Center | OPA | Department of Justice](#)

<sup>21</sup> Global Compliance News. Competition litigation in Belgium. Disponível em: <https://www.globalcompliancencnews.com/antitrust-and-competition/competition-litigation-in-belgium/>. Acesso em: 10 jan. 2023

<sup>22</sup> PROVOST, Marion; THILL- TAYARA, Mélanie. France: Private Antitrust Litigation – a Practical Guide. Global Competition Review, 2021. Disponível em: [The European, Middle East and African Antitrust Review - Global Competition Review](#). Acesso em: 14 jan. 2023.

no caso *Shell v. Huili*, o Tribunal considerou que as disputas antitruste não são arbitráveis, devendo ser sempre resolvidas pela autoridade administrativa em razão do eminente interesse público da matéria, a qual visa a manutenção da economia competitiva.<sup>23</sup>

Como se pode observar, a arbitragem vem sendo majoritariamente admitida, considerada e estruturada em grande parte das jurisdições concorrenciais. No entanto, nota-se que a questão da arbitragem nos casos em que seria demandado algum beneficiário ou compromissário de acordo com a autoridade ainda não vem sendo amplamente discutida ou implementada, como pretendeu o legislador brasileiro ao prever a cláusula compromissória de submissão arbitral obrigatória no Projeto de Lei 11.275/2018, a qual será explorada na sequência.

### **3. A redação do parágrafo 16 e a obrigação de submissão ao juízo arbitral**

O Termo de Compromisso de Cessação no âmbito de repressão a condutas anticompetitivas teve sua primeira previsão no ordenamento jurídico brasileiro em 1986, através do Decreto-Lei 92.323, sendo posteriormente disciplinado pela Lei 8.884/1994<sup>24</sup>. Após a inclusão dos Acordos de Leniência no SBDC em 2000, um recuo foi percebido quanto a possibilidade de assinatura dos termos de compromisso em condutas colusivas. Evitando que ambos os institutos pudessem se sobrepor e fracionar as possíveis colaborações na persecução concorrential, a leniência seguiu como única possibilidade de acordo até 2007, quando o TCC em casos de investigação a cartéis retornou ao SBDC.<sup>25</sup>

Previsto atualmente no artigo 85 da Lei 12.529/2011, o TCC configura-se como acordo celebrado entre compromissário (pessoa jurídica

---

<sup>23</sup> BU, Qingxiu. The arbitrability of antitrust disputes: a Chinese perspective. *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 10, Issue 2, July 2022, p. 303–325. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnab020>. Acesso em: 9 jan. 2023.

<sup>24</sup> ANDRADE, Flávio da Silva. Reflexões sobre os instrumentos de consenso na defesa da concorrência: acordo de leniência e termo de compromisso de cessação de prática antitruste. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XXI, n. 71, p. 117. jan./abr. 2017. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_bibliotec\\_a/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/Rev-CEJ\\_n.71.10.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_bibliotec_a/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.71.10.pdf). Acesso em 12 ago. 2022.

<sup>25</sup> MARTINEZ, Ana Paula. Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e criminal. 2013. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

e/ou física) e o Cade, no qual o representado assume a participação em conduta anticompetitiva e contrai obrigações perante a autarquia, caso haja interesse desta última em firmar o acordo após juízo de conveniência e oportunidade.

A autarquia, em contraprestação consensual, se obriga a suspender o Processo Administrativo até o julgamento final quanto ao Compromissário e, se cumpridas as obrigações assumidas por esse último, se obriga também a arquivar em sequência o processo.

É possível afirmar que, para que haja decisão consensualizada e acordo, há um sistema de incentivos e ganhos recíprocos nos TCCs: para as empresas, o termo poderá finalizar um processo administrativo, minorados tanto os efeitos negativos financeiros quanto os efeitos à imagem empresarial; enquanto para o CADE há ganhos advindos do possível aumento da eficiência de atuação da autarquia, acompanhada da redução de custos sociais e de uma maior economia de recursos financeiros e esforços humanos na condução do Processo Administrativo<sup>26</sup>.

Assim, a instrumentalização do sistema de incentivos à assinatura de TCCs se dá, principalmente, através do balanço entre obrigações assumidas pelos Compromissários e dos possíveis ganhos advindos do acordo.

É nessa arquitetura própria dos acordos, e ao lado das obrigações já previstas em lei para os casos de TCC, que o artigo 1º do Projeto de Lei previa a seguinte adição no artigo 85 da Lei 12.529/2011:

Art. 85. (...)

§16. O termo de compromisso de cessação de prática que contenha o reconhecimento da participação na conduta investigada por parte do compromissário *incluirá obrigação do compromissário de submeter a juízo arbitral controvérsias que tenham por objeto pedido de reparação de prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica*, quando a parte prejudicada tomar a iniciativa de instituir a arbitragem

---

<sup>26</sup> BOSON, Daniel Silva.; SILVA JUNIOR, Gilson Geraldino. Termo de Compromisso de Cessação (TCC): CADE, Empresas, Cartéis e Jogo. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 4, n. 2, p. 105. 2016. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/245>. Acesso em: 11 ago. 2022

ou concordar, expressamente, com sua instituição. (grifo meu)<sup>27</sup>

A partir da leitura do dispositivo, é possível concluir que a proposta legislativa pretendia veicular cláusula compromissória arbitral no TCC firmado pelos Compromissários, com a obrigação de submissão à arbitragem para fins de reparação de danos concorrenciais em duas situações específicas: caso a arbitragem fosse a opção da parte prejudicada ou, se opção do Compromissário, contasse com expressa anuência da primeira.

Sabe-se que como norte do instituto da arbitragem está situado o pacto de vontade das partes de se submeter ao procedimento arbitral. Assim sendo, conforme artigo 9º Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), a solução dos conflitos pelo juízo arbitral será precedida da celebração da convenção de arbitragem. A convenção é gênero de manifestação da qual são espécies a cláusula contratual compromissória, notadamente inserida em contratos veiculando a pretensão de aplicação da disciplina arbitral em litígios futuros; e o compromisso arbitral, firmado por partes litigantes quando já em face de um conflito.<sup>28</sup>

Ao pretender incluir nas disposições do TCC (o qual pode ser entendido como instrumento contratual firmado entre empresa Compromissária e Cade) cláusula contratual compromissória de submissão ao juízo arbitral, a previsão viabilizaria que o prejudicado pela conduta, ao buscar reparação por danos civis concorrenciais, pudesse recorrer à arbitragem em momento posterior à assinatura do termo. Sem a previsão no acordo, o prejudicado teria que negociar a submissão ao juízo arbitral para reparação de danos diretamente com o Compromissário a fim de obter seu consentimento.

A imposição de cláusula de submissão ao juízo arbitral, sob a ótica dos Compromissários, surgiria ao lado das demais obrigações as quais se submetem quando da aceitação do acordo – como a obrigação de reconhecimento de participação em conduta e colaboração com a instrução, pagamento de contribuição pecuniária e cooperação com a

---

<sup>27</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 11.275/2018. Altera a Lei no 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), para prever novas disposições aplicáveis à repressão de infrações à ordem econômica. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node0qw7p08ex3bcm1tst3wddoy2ir4833715.node0?codteor=1703442&filename=PL+11275/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0qw7p08ex3bcm1tst3wddoy2ir4833715.node0?codteor=1703442&filename=PL+11275/2018). Acesso em: 16 jul. 2022

<sup>28</sup> ROST, Maria Augusta. *Op. Cit.* p. 71.

autoridade antitruste.<sup>29</sup> Sob a ótica dos prejudicados pela conduta, consumidores ou empresas que contrataram com a Compromissária, o recurso à arbitragem seria facilitado pela previsão obrigatória da cláusula, sem a exclusão da possibilidade de opção pelo Judiciário.

Sob a ótica de ambas as partes, é possível elencar alguns ganhos no procedimento de reparação de danos concorrenciais por meio da via arbitral, os quais serão explorados a seguir.

### *3.1. Benefícios ao processo e as partes envolvidas e o incentivo ao private enforcement a partir da reparação de danos civis concorrenciais pela via arbitral*

As autoras Bernini, Cianfarani e Siqueira, ao abordarem alguns mitos da arbitragem voltada a reparação de danos concorrenciais, salientam que principalmente a “celeridade, a confidencialidade e a possibilidade de escolha e especialidade dos julgadores”<sup>30</sup> representam pontos positivos tanto aos prejudicados pela conduta quanto aos Compromissários do termo.

Não há dúvida de que a celeridade representa ganho substancial ao prejudicado e autor da ação em razão da redução de tempo de espera pelo resultado e pela possível redução de custos no curso do procedimento, já que, pelo CPC, a duração prevista do processo arbitral é de apenas 6 meses e, na realidade, mesmo que superado este prazo, a duração costuma ser totalmente razoável.<sup>31</sup> O privilégio a autonomia das partes no procedimento também faz com que sentenças arbitrais sejam, via de regra, cumpridas voluntariamente, o que impacta e contribui na eficiência da

---

<sup>29</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Guia: Termo de Compromisso de cessação para os casos de cartel. 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2022.

<sup>30</sup> BERNINI, Paula Muller Ribeiro; SIQUEIRA, Christiane Meneghini S. de; CIANFARANI, Joana Temudo. 2021a. *Op cit.*

<sup>31</sup> Como exemplos, o Relatório anual de 2019 do Centro de Arbitragem e Mediação dispõe que o tempo médio do processo arbitral seria de 13,2 meses (Disponível em: [https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/wp-content/uploads/sites/10/2020/07/CAM\\_AR-versão-final-PORT-040720.pdf](https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/wp-content/uploads/sites/10/2020/07/CAM_AR-versão-final-PORT-040720.pdf)), enquanto o Relatório 2020 da Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM) evidenciou que o prazo de duração do procedimento é de 36 meses, se contado do requerimento até a sentença ou pedido de esclarecimentos, e de 25 meses, a partir da assinatura do termo de arbitragem. Disponível em: <https://www.camaradomercado.com.br/assets/pt-BR/2020-estatisticas-camara-do-mercado-versao-final.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2022.

prestação como um todo e na finalização célere, inclusive, da fase executória.<sup>32</sup>

Para o réu, quanto à celeridade, os mesmos benefícios podem ser percebidos – um possível menor dispêndio financeiro e um resultado mais rápido e eficiente.<sup>33</sup> No entanto, pode-se mencionar ainda um adicional: a partir de uma decisão mais rápida na esfera arbitral, a imagem empresarial é também mais brevemente dissociada de conduta ilícita, o que se desdobra em outros ganhos para o demandado.

Como mencionam as autoras, outro ponto de possível destaque do uso da arbitragem no âmbito de Termos de Compromisso de Cessação diz respeito à confidencialidade e sigilo do procedimento. Um dos maiores desafios na reparação privada de danos concorrenciais é o conflito entre a necessidade de comprovação do dano na ARDC e o acesso ao acervo probatório sobre a conduta, que é, via de regra e majoritariamente, oriundo de Acordos de Leniência e de TCCs, ambos revestidos de confidencialidade pela legislação brasileira conforme os artigos 86, §9º e art. 85, §5º.<sup>34</sup>

Como coloca a Nota Técnica 24/2016, a quebra da confidencialidade dos acordos, sejam eles Acordos de Leniência ou TCCs, pode ocasionar prejuízos para os Signatários e Compromissários expondo-os quanto a informações sensíveis e de forma antecipada; e também para a autoridade, podendo dificultar o desenvolvimento regular dos demais trâmites da investigação. Além disso, para os colaboradores, a exposição indevida de informações e documentos pode criar ainda “situação pior do que a dos coautores que não cooperaram com as autoridades antitruste, criando assim um desincentivo ao *enforcement* público”.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> DANTAS, Yane Pitangueira. A Arbitragem como Meio Alternativo na Resolução de Demandas Indenizatórias Decorrentes da Prática de Cartéis e a Minuta de Resolução do CADE submetida à Consulta Pública 05/2016. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 5, n. 1, p. 236. 2017. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/321>. Acesso em: 19 ago. 2022.

<sup>33</sup> FRANZONI, Diego Ricardo Camargo. Arbitragem societária: fundamentos para uma possível regulação. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: [Arbitragem societária: fundamentos para uma possível regulação \(usp.br\)](#). Acesso em: 14 ago. 2022.

<sup>34</sup> Idem.

<sup>35</sup> CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Superintendência-Geral. Processo Administrativo 08700.007888/2016-00. Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/Cade, Disponível em:

Neste sentido, a conclusão da SG no mesmo documento opina pela necessidade premente de buscar meios de estímulo ao *private enforcement*, que preservem documentos e informações oriundos dos acordos e não proporcionem desincentivos ao ajuizamento das ARDCs.

É diante deste cenário que uma previsão de cláusula arbitral nos TCCs surge apta, mesmo que ainda em tese, a unir a confidencialidade do processo arbitral ao acesso às provas pelas partes prejudicadas, impulsionando as demandas de reparação.

Importante pontuar que a confidencialidade do procedimento arbitral pode ser opção das partes ou constar prevista no regulamento do órgão arbitral a que se submetem. Assim, havendo demanda de reparação por dano concorrencial, a confidencialidade dos documentos provenientes do TCC deverá ser sempre devidamente mantida, assegurando ao Compromissário a manutenção do sigilo e facilitando o acesso ao acervo pelo prejudicado, em um sistema de ganho duplo.

Além das vantagens apresentadas – sem a pretensão de esgotar benefícios da arbitragem concorrencial – o último ponto destacado pelas autoras, quanto a possibilidade de escolha dos julgadores e especialidade, é também explorado por Maria Augusta Rost, que expõe como benefícios inerentes à especialidade do julgador no procedimento arbitral a maior segurança no julgamento, a confiança das partes na imparcialidade e impessoalidade do árbitro e a expertise dos julgadores.<sup>36</sup>

Neste tópico, conforme artigo 13 e parágrafos da Lei da Arbitragem, os árbitros podem ser escolhidos pelas partes, de modo que, normalmente, são escolhidos como árbitros aqueles profissionais que tenham experiência e conhecimento verticalizado profundo da matéria discutida. É natural que a escolha por um profissional notadamente reconhecido e com conhecimento da área ocasione efeitos positivos para o processo, como a maior facilidade de decisão das questões complexas e uma maior precisão naquilo que é decidido, principalmente em se tratando de mensuração e reparação de danos patrimoniais.

Todas as características mencionadas podem acarretar estímulo substancial à reparação de danos civis concorrenciais pela arbitragem. Como mencionado na primeira seção, situações que desencorajam o

---

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMtfNw6RSaWBYnMIjZ1\\_bzRh-8Ikzt1-iNRyLL15IZf-3xOwsFz3fuh0lcgx-BuAiGIdXH0CI2pcjLZznRWZf0X](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMtfNw6RSaWBYnMIjZ1_bzRh-8Ikzt1-iNRyLL15IZf-3xOwsFz3fuh0lcgx-BuAiGIdXH0CI2pcjLZznRWZf0X). Acesso em: 3 ago. 2022

<sup>36</sup> ROST, Maria Augusta. *Op. Cit.* p. 93.

ajuizamento das ARDCs como a pouca especialização do judiciário, demora no julgamento das causas e custos processuais são, em grande medida, contornados com a utilização da via arbitral.

No entanto, o *mix and match* da arbitragem concorrencial para reparação de danos e a cláusula de submissão obrigatória em TCCs, como previa o dispositivo do Projeto de Lei, suscitou pertinentes preocupações.

#### **4. A Cláusula compromissória arbitral obrigatória nos TCCs: entre a estrutura de incentivos e a legalidade da previsão**

Ao se manifestar sobre o Projeto de Lei n.º 11.275/2018, o Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) expôs seu entendimento pela exclusão da previsão de cláusula arbitral obrigatória em TCCs prevista pelo artigo 1º do projeto por algumas razões.<sup>37</sup> Dentre as justificativas apontadas para a discordância com a novidade, estariam a desnecessidade do parágrafo 16 tendo em vista que a autarquia poderia sugerir diretamente a previsão de cláusula quando da elaboração do Termo e ainda a crítica à possibilidade de criação “cláusulas compromissórias patológicas”, ante a inexistência de autoridade nomeadamente indicada pela Lei de Concorrência para que a parte prejudicada inicie o processo arbitral.<sup>38</sup> Essas críticas, no entanto, não foram as únicas e a manifestação do Comitê demonstrou que a possibilidade de uma cláusula arbitral obrigatória em TCCs é cercada das mais diversas preocupações.

Se não por essa razão, a previsão de cláusula compromissória arbitral obrigatória nos TCCs foi a única vetada das novidades trazidas pela Lei.

No mesmo sentido da manifestação da CBAr, os argumentos de (i) contrariedade do dispositivo ao interesse público pelo possível desestímulo aos acordos no Cade e de (ii) desnecessidade da disposição, tendo em vista que as cláusulas arbitrais poderiam ser negociadas diretamente com as partes compromissórias, foram mencionados como razões para o veto presidencial.

Os argumentos apresentados são pertinentes e representam alguns questionamentos que já vinham sendo realizados sobre o dispositivo do

---

<sup>37</sup> COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM (CBAr). Nota Técnica de Bruno Guandalini em nome do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr). 2019. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2019/11/2019-10-18-nota-tecnica-pl11275-sem-enderecamento.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2022.

<sup>38</sup> Idem.

Projeto de Lei, de modo que o presente artigo passa a abordar (i) a possibilidade de intervenção na estrutura de incentivos dos TCCs em razão da cláusula compromissória e (ii) a legalidade de uma cláusula de submissão arbitral obrigatória em TCCs.

#### *4.1. Preocupações quanto a inclusão da obrigação de cláusula arbitral e o sistema de incentivos em celebrar acordos com a autoridade antitruste*

Acordos realizados entre particulares e Administração Pública (principalmente nos casos de processo administrativo sancionador) tais como Acordos de Leniência, TCCs e institutos colaborativos próximos como Termo de Compromisso da Lei Ambiental podem ser entendidos como expoentes de uma técnica de consensualização administrativa. De acordo com Marrara, a consensualização administrativa:

É fenômeno de intensificação da criação e do uso de mecanismos de gestão que valorizem o consentimento da sociedade ou do cidadão no processo de elaboração de decisões administrativas, visando a promoção da consensualidade entre partes e ente administrativo.<sup>39</sup>

Como mencionado pelo autor, o consenso e a construção conjunta são elementos da decisão entre agente e Administração. Além disso, a celebração de acordos se consubstancia também em método de resolução concertada de conflitos, na qual há uma primazia do consenso e da composição sem recurso ao litígio administrativo propriamente dito.<sup>40</sup>

Em específico quanto aos acordos firmados no contexto da repressão antitruste a condutas colusivas, elemento central no estudo e na elaboração do sistema de acordos é a Teoria dos Jogos. A Teoria dos Jogos, resumidamente, dispõe que os agentes que se alinham a práticas cartelistas confrontam a todo momento os possíveis ganhos com o acordo

---

<sup>39</sup> MARRARA, Thiago (org.). Direito administrativo: transformações e tendências. São Paulo: Almedina, 2014. Disponível em: <https://ler-livros.com/ler-online-ebook-pdf-direito-administrativo-transformacoes-e-tendencias-obras-coletivas-baixar>.

Acesso em: 15 jul. 2022.

<sup>40</sup> RAULINO, Mário Sérgio Coutinho. A arbitragem nos contratos administrativos ante a consensualidade na administração pública. 2013. Disponível em: [https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/27348/1/2013\\_tcc\\_mscraulino.pdf](https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/27348/1/2013_tcc_mscraulino.pdf). Acesso em: 20 ago. 2022.

anticompetitivo e as possíveis perdas oriundas da infração.<sup>41</sup> O perigo de detecção e a celeridade na punição são fatores dissuasórios da prática de cartel, enquanto a possibilidade de celebração de acordos é, no entanto, capaz de amenizar essas perdas pela prática.

Nesse sentido, como menciona Coelho, são “as ferramentas econômicas que permitem entender o funcionamento das soluções negociadas dentro do sistema jurídico”.<sup>42</sup> Citando ainda os autores clássicos Backer e Landes, Coelho também ressalta que a adoção de soluções negociais ocasiona benefício duplo para ambas as partes envolvidas, a partir de uma economia de recursos, evitado todo o transcurso de processo judicial ou administrativo, e de tempo.

Ao estabelecer a inclusão de uma nova obrigação – a cláusula compromissória arbitral – não restam dúvidas de que a estrutura de incentivos atual dos TCCs seria radicalmente modificada pelo Projeto de Lei 11.275/2018, mesmo que o impacto real da modificação só pudesse ser analisado após a vigência do dispositivo e durante sua aplicação nas negociações e acordos futuros.

Dois desdobramentos da inclusão de uma cláusula de submissão *obrigatória* ao juízo arbitral na estrutura de incentivos do TCC podem ser apontados em uma análise *ex ante*: (i) quanto à disposição dos Compromissários em arcar com uma nova obrigação; e (ii) quanto ao impacto na previsibilidade dos custos do acordo, tendo em vista a facilitação da demanda de reparação por danos civis concorrenciais via arbitragem.

Quanto ao primeiro ponto, os autores Korbkin e Guthrie exploram as barreiras psicológicas que influenciam na assinatura de um acordo.

---

<sup>41</sup> PINHA, Lucas Campio. A celeridade na punição e os impactos nos incentivos aos acordos de cartel: uma análise pela Teoria dos Jogos. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília, v. 7, n. 1, p. 190. 2019. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/view/432>. Acesso em: 21 ago. 2022

<sup>42</sup> COELHO, Daniela Thomes. Modificação da estrutura de incentivos no Direito Penal: Evidência da implementação inicial do acordo de não persecução penal na Justiça Federal. Dissertação (Mestrado) – Faculdade Getúlio Vargas, FGV. P. 24. 2022. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/31918>. Acesso em: 4 ago. 2022.

Dentre elas, o que é denominado *reactive devaluing*. Nas palavras dos autores.<sup>43</sup>

Pessoas não gostam de fazer coisas que os inimigos querem que elas façam. Portanto, uma oferta realizada em um acordo que o litigante avaliaria favoravelmente no abstrato (ou se sugerida por um aliado ou terceiro neutro) é mais propensa a encontrar desfavor se proposta por um adversário<sup>44</sup>

A atual arquitetura dos TCCs negociados no Cade vem sendo consolidada há uma década, a partir da 11.529/2011, com requisitos próximos desde 2007, quando editada a Resolução 46/2007. Deste modo, os requisitos, obrigações e os parâmetros utilizados atualmente já contam com uma alta previsibilidade na comunidade, o que seria abalado com a inclusão obrigatória da arbitragem, tendo como consequência a maior resistência na assinatura de termos, mesmo que por fatores puramente psicológicos como mencionam os autores citados. Além disso, a imposição da cláusula de forma não negociada pela autoridade, impondo novos custos aos Compromissários, também tende a diminuir propensão à negociação e aceitação dos termos.

Quanto ao segundo ponto, em relação ao impacto na previsibilidade dos custos do acordo, alguns esclarecimentos devem ser realizados. Pode-se afirmar que a previsibilidade do acordo é um dos principais pontos de estímulo para realização de TCCs em Processos Administrativos que investigam condutas colusivas. Nesse sentido, a OCDE menciona que o funcionamento satisfatório da política de acordos está diretamente relacionado à reputação da autoridade em transparência, *consistência* e justiça.<sup>45</sup>

Ao optar por negociar um acordo com o Cade e não se submeter ao trâmite normal do Processo Administrativo, o Compromissário toma como escolha a via na qual, ao ser homologado o TCC, ele estará plenamente

---

<sup>43</sup> KOROBKIN, Russell; GUTHRIE, Chris. Psychological barriers to litigation settlement: An experimental approach. Michigan Law Review, v. 93, n. 1, 1994. p. 182. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1289916>. Acesso em 2 ago. 2022.

<sup>44</sup> Conforme trecho original, “people do not like to do things the adversaries want them to do. Therefore, a settlement offer that a litigant would evaluate favorably in the abstract or when suggested by an ally or neutral third party is more likely to meet with disfavor when proposed by the adversary”.

<sup>45</sup> OCDE. Plea Bargaining and Settlement of Cartel Cases. 2008. Disponível em: <https://www.oecd.org/regreform/sectors/41255395.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2022.

ciente de toda sua colaboração, de acordo com o percentual de desconto aplicado e com a colaboração pecuniária que terá de desembolsar. Além disso: caso discorde do desconto ou do valor, ainda na fase de negociação, o Compromissário é plenamente livre para desistir de firmar o acordo.

Já no Processo Administrativo em caso de condenação pela conduta, como desvantagem óbvia, a multa é calculada sem quaisquer descontos e ainda será imposta em um valor que será desvelado apenas no momento do julgamento do caso – por mais que estejam também presentes na dosimetria da multa características básicas de segurança jurídica como a previsibilidade do cálculo.

Assim sendo, além de outras questões, pode-se apontar a previsibilidade do “quanto custará?” como um dos pontos centrais e decisivos na estrutura de incentivos para que agentes econômicos iniciem uma negociação com o Cade. Se não por outra razão, não é raro que pessoas jurídicas que optam pela assinatura de TCCs, ingressem em grandes negociações com a autoridade, trazendo informações e colaborando com uma pluralidade de casos para que possam *prever* a totalidade dos gastos com contribuições pecuniárias.

Nesse sentido, apesar da assinatura do termo não afastar a possibilidade de reparação de danos civis concorrenciais ajuizadas no Judiciário, a experiência atual aponta a pouca utilização desse recurso pelos prejudicados e a baixa probabilidade do ajuizamento de ARDCs – cenário atual que compõe o cálculo de custos com o acordo realizado pelo Compromissário.

Um dispositivo instituindo a possibilidade de arbitragem obrigatória em TCCs, com função clara de estímulo à reparação de danos concorrenciais e ao *private enforcement*, poderia, de fato, ocasionar um descompasso de incentivos nos acordos e, como mencionado pelo texto de veto, ser contrário ao interesse público. O TCC apresenta como grande vantagem a clareza, o pacto sobre as obrigações e os valores do acordo – o que reduz, como já mencionado, custos diversos para a empresa – e a previsão de arbitragem obrigatória, a depender do prejudicado, poderia inaugurar um aumento de custos futuros e incertos com a estímulo à reparação civil, aptos a desencorajar a assinatura de novos acordos.

É, de fato, inevitável que a inserção de uma obrigação não estremeça a atual estrutura de incentivos à realização de acordos com a autoridade e as possíveis consequências aqui apontadas são, antes de mais nada, exercícios especulativos sobre a interferência da inserção de uma cláusula compromissória arbitral na estrutura de incentivos aos TCCs.

#### 4.2. A discussão quanto a legalidade da cláusula de compromisso arbitral obrigatória

Talvez um dos traços distintivos mais importantes entre a arbitragem e a jurisdição comum seria que, na primeira, as partes envolvidas no litígio dirigem-se voluntariamente a um terceiro para que este atribua solução ao conflito.<sup>46</sup> O consentimento de ambos e a autonomia de vontade, ao elegerem em conjunto e se dirigirem a esse terceiro, são pressupostos do processo de composição – etapa normalmente inexistente na ação judicial na qual uma parte será demandada.

A manutenção da voluntariedade do instituto é também uma das principais preocupações expressas pela Lei da Arbitragem. A exemplo, o artigo 3º, § 2º prevê expressamente que nos contratos de adesão (típicos pela ausência de discussão das cláusulas pelo aderente), a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente, como parte hipossuficiente da relação, tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com a sua instituição.<sup>47</sup>

Por trás dessa disposição, a premissa de que a arbitragem não poderá ser imposta e aplicada quando escolha voluntária de apenas uma das partes do contrato, sendo o consenso e a voluntariedade vetores obrigatórios do instituto. É esse o sentido também do artigo 1º da Lei de Arbitragem, quando prevê que as pessoas capazes de contratar *poderão* valer-se da arbitragem de modo que há expressa menção a uma faculdade a ser exercida.

Apesar de não ter sido expressamente mencionada pelas razões do veto, uma das preocupações sobre a imposição de uma cláusula de arbitragem obrigatória aos Compromissários de TCCs seria sobre a sua legalidade de acordo com as premissas da própria arbitragem quanto à voluntariedade das partes.

Analisando a legalidade do dispositivo do Projeto de Lei nº 11.275/2018, Bernini, Cianfarani e Siqueira apontaram que este não excluía o requisito da voluntariedade da convenção de arbitragem, tendo

---

<sup>46</sup> CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. Revista de Processo, p. 33. 1990. Disponível em: [https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/293080/mod\\_resource/content/0/CARMONA%20-%20Arbitragem%20e%20jurisdição.pdf](https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/293080/mod_resource/content/0/CARMONA%20-%20Arbitragem%20e%20jurisdição.pdf). Acesso em: 28 jul. 2022.

<sup>47</sup> BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9307.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm). Acesso em: 23 jul. 2022.

em vista que compromissário do TCC, ao se submeter às condições obrigacionais do termo e ciente de que não estará isento da responsabilização civil, consente com a possibilidade de litígios de reparação de danos concorrenciais e que a cláusula arbitral estaria ainda situada ao lado das demais obrigações do compromissário impostas pela administração, como a necessidade de confissão e pagamento de contribuição pecuniária, que seriam admitidas pelo Compromissário após o seu próprio sopesamento entre obrigações e benefícios advindos do TCC.<sup>48</sup>

As autoras apontaram também que “a utilização da arbitragem na forma prevista no Projeto de Lei nº11.275/2012 é possível e cabível na forma do nosso ordenamento, respeitando os requisitos da Lei de Arbitragem, em especial, a voluntariedade das partes”.<sup>49</sup>

Em sentido contrário, ao analisar a possibilidade da submissão obrigatória à arbitragem, os autores Pereira Neto, Ros e Alves se posicionaram de forma crítica quanto à positividade da expressão “obrigação” no dispositivo quanto à cláusula de compromisso arbitral.<sup>50</sup>

Os autores frisam que a previsão deveria ser facultativa e amplamente discutida durante as negociações do acordo, o que “permitiria ponderar melhor quando a cláusula é necessária, os ganhos que ela traz para o acordo e as eventuais perdas, dando mais espaço para a construção de soluções negociadas eficiente”.<sup>51</sup> Apesar de concordarem com as possibilidades que advém da resolução arbitral de litígios privados concorrenciais, os autores discordavam da opção legislativa pela obrigatoriedade, apontando o receio quanto à legalidade do dispositivo frente ao princípio arbitral de voluntariedade.

Como brevemente pontuado, há uma ausência de consenso sobre a legalidade de uma cláusula de submissão arbitral obrigatória. Acredita-se,

---

<sup>48</sup> BERNINI, Paula Muller Ribeiro; SIQUEIRA, Christiane Meneghini S. de; CIANFARANI, Joana Temudo. 2021b.

<sup>49</sup> *Idem*.

<sup>50</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; ROS, Luiz Guilherme; ALVES, Marlus Santos. O Projeto de Lei 11.275/2018: possível introdução de uma ação coletiva arbitral para reparação de danos oriundos de cartel e a necessidade de equilíbrio em Termos de Compromisso de Cessação. Migalhas, p. 15, 2020.. Disponível em:<https://www.migalhas.com.br/depeso/325727/o-pl-11-275-18--possivel-introducao-de-uma-acao-coletiva-arbitral-para-reparacao-de-danos-oriundos-de-cartel-e-a-necessidade-de-equilibrio-em-termos-de-compromisso-de-cessacao>. Acesso em: 1 ago. 2022.

<sup>51</sup> *Idem*

no entanto, que a discussão pode caminhar de forma salutar ao se ocupar de investigar se a concordância com Termo de Compromisso de Cessação seria suficiente para suprimir o requisito de voluntariedade e autonomia das partes na convenção arbitral obrigatória.

Conforme Caio Mário da Silva Pereira, para que a autonomia de vontade se constitua regularmente, deverão ser atendidos quatro pressupostos de existência: liberdade de contratar e de não contratar, de escolher com quem contratar, o poder de fixar o conteúdo do contrato, e, uma vez firmado este, sua constituição em fonte formal de direito.<sup>52</sup>

No caso da cláusula arbitral em TCCs, é notório que o quadro de autonomia das partes, analisada na perspectiva proposta dos quatro pressupostos, não pode ser observado com a exatidão. Em soluções de litígios comerciais através da arbitragem, por exemplo, esses quatro requisitos são inteiramente presentes.

Nesse sentido ainda, o terceiro pressuposto (em relação ao poder das partes de fixar o conteúdo) pode ser considerado como totalmente suprimido na proposta do parágrafo 16, tendo em vista que a obrigação de submissão arbitral emanaria do dispositivo legal e seria posicionado no termo pela autarquia de defesa concorrencial, sem qualquer poder de definição material do conteúdo da cláusula pelos Compromissários. Dois pontos aqui merecem destaque e devem ser mencionados.

O primeiro deles é que o Compromissário utiliza de sua autonomia de vontade para firmar o próprio termo. Caso não concorde com as obrigações instituídas no TCC – ou mesmo com minúcias do processo de negociação, tal como com o percentual de desconto oferecido na contribuição pecuniária – o Compromissário pode “sair da mesa” do acordo e não firmar o termo.

Desse modo, caso discordasse da imposição de cláusula arbitral contratual compromissória, a pessoa física ou jurídica em negociação poderia optar pela desistência do termo e da colaboração – o que, no entanto, poderia ainda significar que a cláusula teria impactos no sistema de incentivos ao acordo, como abordado. Assim sendo, o questionamento a ser realizado é: seria a voluntariedade ao negociar o acordo suficiente para a legalidade de cláusula compromissória arbitral obrigatória nesses casos?

Além desse ponto, um segundo aspecto pode ser analisado ao retomarmos a previsão legal sobre cláusulas arbitrais em contratos de

---

<sup>52</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva Pereira. Instituições de Direito Civil: Contratos, 32ª edição, v. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2019.

adesão. A Lei da Arbitragem é clara ao prever que nesse tipo contratual além de disposta pela parte que propõe o contrato, a cláusula compromissória contratual deverá ser também documentalmente desejada pelo aderente. Na perspectiva do que foi proposto pelo parágrafo 16, que impunha a obrigação ao Compromissário sem poder de negociação, vislumbra-se manobra próxima daquela utilizada nos contratos de adesão.<sup>53</sup>

Contudo, no caso das cláusulas em TCC, a imposição não emanaria da parte contrária e sim da legislação e da autoridade antitruste. Inclusive, pode-se mencionar que a disposição do Projeto de Lei previa que a arbitragem nos TCCs seria projeto “à três”, o que é atípico, ao prever que o (1) Cade instituiria a cláusula para (2) Compromissários, que seriam possivelmente demandados por (3) prejudicados pela conduta. Nessa dinâmica, haveria ordem pouco comum no estabelecimento de convenções arbitrais, tendo em vista que a cláusula não seria oriunda do diálogo entre partes, mas sim determinada pela via legislativa e imposta pela autarquia (um terceiro).

Apesar dos pareceres sobre o Projeto de Lei e do próprio veto presidencial não destacarem exatamente as questões quanto a legalidade do dispositivo, acredita-se que esse seja – ao lado da preocupação quanto a estrutura de incentivos – um dos maiores entraves a possibilidade de uma cláusula de submissão obrigatória ao juízo arbitral em TCCs emanada da legislação conforme o ordenamento jurídico brasileiro.

No entanto, como abordado na Seção 3 deste artigo, a possibilidade de utilização do juízo arbitral para reparação de danos previsto em Termos de Cessação de Conduta pode apresentar benefícios e ganhos significativos na persecução privada concorrencial.

Então, como torná-la possível? O dispositivo vetado poderia ser elaborado de outro modo pelo legislador? É o que será abordado a seguir.

## **5. Um caminho possível para cláusulas arbitrais nos TCCs em conduta**

Apesar de apresentar também outros pontos de questionamento, o dispositivo proposto pelo artigo 1º do Projeto de Lei nº 11.275/2018 teve como sua principal razão de veto a preocupação com a estrutura de incentivos dos TCCs negociados com o Cade e suscitou preocupações

---

<sup>53</sup> PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; ROS, Luiz Guilherme; ALVES, Marlus Santos. *Op. Cit.*

acerca da obrigatoriedade *versus* legalidade da cláusula da arbitral em TCCs. Na contramão dessas questões, é amplamente reconhecido que a implementação do estímulo ao juízo arbitral nas demandas de reparação de dano concorrencial poderia se afigurar extremamente proveitosa para o fomento do *private enforcement* brasileiro.

Assim sendo, o presente artigo questiona como o dispositivo vetado poderia ser redigido de forma a ter sido sancionado com o restante da lei ou, em uma perspectiva de negociações futuras, como a ideia de cláusula arbitral prevista em TCCs já poderia ser implementada pelo Cade.

Nessa perspectiva, acredita-se que a resposta para as atuais preocupações seria na direção de uma possível redação do dispositivo – ou de cláusula compromissória durante a negociação na autoridade – a qual deixasse clara a possibilidade de *negociação* da inserção da cláusula arbitral em TCCs, possivelmente acompanhada do oferecimento de algum estímulo para tanto, como já acontece com os descontos oferecidos aos Compromissários em razão de comprovação de reparação de danos e de estruturação de plano de *compliance*.

Nesse sentido, apesar da obrigatoriedade desempenhar papel importante para que os prejudicados pudessem demandar os Compromissários em todos os casos de assinatura de termo, de fato, ela modifica substancialmente a estrutura de incentivos atual, arrefece a previsibilidade dos resultados do acordo e representa ainda uma certa dissonância do vetor principal da arbitragem, que é a voluntariedade. Assim sendo, acredita-se que a inserção de uma nova obrigação, a qual representa acréscimo de custos incertos ao acordo e desestabiliza a atual estrutura de incentivos, deve ser acompanhada não só da devida discussão entre autoridade e Compromissário, como também deve oferecer alguma contrapartida para que sejam minimamente suplantadas eventuais perdas.

Nesse sentido, o Tribunal do Cade tem utilizado da previsão de arbitragem de forma reiterada nos Acordos de Controle de Concentração (ACC) a partir da negociação desta possibilidade com as empresas. Como justificativa para a inserção dessa previsão nos acordos, a autarquia tem apontado a maior flexibilidade na resolução de possíveis e futuros litígios em ACC e na redução dos custos de monitoramento, a partir de uma delegação para o árbitro em relação a discussões complexas do caso (benefícios da arbitragem já mencionados).<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> MUNIZ, Henrique. VILANOVA, Polyanna. The meeting of two black arts: Cade e a utilização da arbitragem. Conjur, 2022. Disponível em:

Essa alternativa foi utilizada, por exemplo, nos Atos de Concentração nº 08700.004860/2016-11 (Bovespa/Cetip) e nº 08700.001390/2017-14 (AT&T/Time Warner). Neste último, o Tribunal aprovou que a cláusula compromissória arbitral abranja quaisquer litígios de direito patrimonial disponíveis, e não só direitos relativos ao ACC.<sup>55</sup>

Desse modo, acredita-se que um dos caminhos possíveis para a existência da cláusula arbitral em TCCs seja, principalmente, a inserção negociada desse tipo de cláusula, como já vem sendo realizado em ACCs.

## 6. Conclusão

Seguramente pode-se afirmar que *private e public enforcement* contribuem e se complementam na repressão e no desincentivo de práticas anticompetitivas e, principalmente, de práticas colusivas. No entanto, apesar de sua importância, de ser abarcada pelo regime de responsabilidade civil e de sua previsão pela Lei 12.529/2011, a reparação de danos civis por ilícitos concorrenciais ainda não é amplamente difundida e utilizada no Brasil. Várias razões para tanto podem ser mencionadas e foram trabalhadas no curso do artigo, como a baixa difusão da matéria, as dificuldades de obtenção de acervo probatório e as questões atinentes ao trâmite judicial.

Nessa perspectiva, a Lei 14.470/2022 acrescenta dispositivos importantes na Lei do Cade (nº 12.529/2012), com o intuito de estruturar e estimular o ajuizamento de ARDCs no país. Dentre as novidades apresentadas, o estabelecimento de uma cláusula compromissória arbitral ao lado das demais obrigações dos Compromissários que firmam Termos de Compromisso de Cessação foi aventada no Projeto de Lei 11.275/2018 e vetada na sanção da nova Lei.

A inserção da arbitragem no contexto de reparação de danos concorrenciais, como demonstrado, apresenta diversos ganhos e vantagens, propiciando processos mais céleres, eficientes e decididos por árbitros com expertise no direito antitruste. Todas essas vantagens ainda contribuem com o fomento ao *private enforcement* brasileiro. Além disso, a inserção da cláusula via TCC torna a possibilidade muito mais exequível pelos prejudicados, que não terão de obter o consentimento direto dos Compromissários.

---

<https://www.conjur.com.br/2022-ago-15/defesa-concorrencia-interfaces-entre-arbitragem-direito-concorrencia-brasil>. Acesso em: 16 ago. 2022.

<sup>55</sup> *Idem*.

No entanto, ainda que existam ganhos, o dispositivo suscitou razoável dúvida. Acredita-se que, para que seja possível uma implementação satisfatória da cláusula compromissória em TCCs, ela deve ser acompanhada de discussão durante a negociação do termo e não obrigatoriedade.

Por fim, é preciso considerar que a arbitragem no contexto de reparação privada concorrencial deve continuar sendo estimulada, acompanhada do aprofundamento do debate sobre sua viabilidade e aplicabilidade no contexto dos TCCs.

## 7.Referências

ANDRADE, Flávio da Silva. Reflexões sobre os instrumentos de consenso na defesa da concorrência: acordo de leniência e termo de compromisso de cessação de prática antitruste. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XXI, n. 71, p. 109-121, jan./abr. 2017. Disponível em: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_informativo/bibli\\_inf\\_2006/R-ev-CEJ\\_n.71.10.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/R-ev-CEJ_n.71.10.pdf). Acesso em 12 ago. 2022.

ATHAYDE, Amanda; SILVA, Leonardo Rocha e; FERREIRA, Jackson. **Reparação de danos concorrenciais e a política pública de acordos com o Cade**. Conjur, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-19/opiniao-danos-concorrenciais-politica-publica-cade>. Acesso em 25 jul. 2022.

BARRIOS, Lucas de Góis; NEFFÁ LAPA, Vitória. Arbitragem e direito concorrenciais: ordem pública, confidencialidade e atuação dos árbitros. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 9, n. 1, p.148-172, 2021. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/908>. Acesso em: 15 ago. 2022. Acesso em 15 ago. 2022.

BERNINI, Paula Muller Ribeiro; SIQUEIRA, Christiane Meneghini S. de; CIANFARANI, Joana Temudo. **Derrubando os mitos da arbitragem para a reparação de danos concorrenciais**. Jota, 2021a. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/elas-no-jota/derrubando-os-mitos-da-arbitragem-para-a-reparacao-de-danos-concorrenciais-07072021>. Acesso em: 20 jul. 2022.

\_\_\_\_\_. **Arbitragem e Regulamentação pelo Cade: críticas ao PL 11.275 no que se refere ao caráter voluntário da arbitragem**. Jota, 2021b. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/elas-no-jota/arbitragem-e-regulamentacao-pelo-cade-12102021>. Acesso em 4 ago. 2022.

BOSON, Daniel Silva; SILVA JUNIOR, Gilson Geraldino. Termo de Compromisso de Cessação (TCC): CADE, Empresas, Cartéis e Jogo. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 4, n. 2, p. 99-120, 2016. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/245>.

Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer nº 1/2019 da Comissão De Desenvolvimento Econômico, Indústria, Comércio e Serviços.** Disponível em:

[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1766898&filename=PRL+1+CDEICS+%3D%3E+PL+11275/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1766898&filename=PRL+1+CDEICS+%3D%3E+PL+11275/2018).

Acesso em: 26 jul. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer Comissão Constituição Justiça e de Cidadania.** Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2333489>. Acesso em: 26 jul. 2022.

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; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm). Acesso em: 23 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem.. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9307.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm). Acesso em: 23 jul. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei 11.275/2018.** Altera a Lei no 12.529, de 30 de novembro de 2011 (Lei de Defesa da Concorrência), para prever novas disposições aplicáveis à repressão de infrações à ordem econômica. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=node0qw7p08ex3bcm1tst3wddoy2ir4833715.node0?codteor=1703442&filename=PL+11275/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0qw7p08ex3bcm1tst3wddoy2ir4833715.node0?codteor=1703442&filename=PL+11275/2018). Acesso em: 16 jul. 2022

BRASIL. **Mensagem nº 599, de 16 de novembro de 2022.** Disponível em: [Portal da Câmara dos Deputados \(camara.leg.br\)](https://portal.camara.gov.br/portal/camara-leg-br). Acesso em: 11 jan. 2023.

BU, Qingxiu. The arbitrability of antitrust disputes: a Chinese perspective. *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 10, Issue 2, July 2022, p. 303–325. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnab020>. Acesso em: 9 jan. 2023.

CÂMARA DE ARBITRAGEM DO MERCADO (CAM). **Estatísticas 2020.** Disponível em:

<https://www.camaradomercado.com.br/assets/pt-BR/2020-estatisticas-camara-do-mercado-versao-final.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2022.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ (CAM-CCBC). **Relatório Anual 2019 Fatos e números**. Disponível em: [https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/wp-content/uploads/sites/10/2020/07/CAM\\_AR-versão-final-PORT-040720.pdf](https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/wp-content/uploads/sites/10/2020/07/CAM_AR-versão-final-PORT-040720.pdf). Acesso em: 28 jul. 2022.

COELHO, Daniela Thomes. **Modificação da estrutura de incentivos no Direito Penal: Evidência da implementação inicial do acordo de não persecução penal na Justiça Federal**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade Getúlio Vargas, FGV. 93 pgs. 2022. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/31918>. Acesso em 4 ago. 2022.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia Termo de Compromisso de Cessação para casos de cartel**. 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.

\_\_\_\_\_. Superintendência-Geral. **Processo Administrativo 08700.007888/2016-00. Nota Técnica nº 24/2016/CHEFIA GAB-SG/Cade**, Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consult\\_a\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMtfNw6RSaWBYnMijZ1\\_bzRh-8Ikzt1-iNRyLL15IZf-3xQwsFz3fuholcgx-BuAiGldXH0CI2pcjLZznRWzf0X](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consult_a_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yMtfNw6RSaWBYnMijZ1_bzRh-8Ikzt1-iNRyLL15IZf-3xQwsFz3fuholcgx-BuAiGldXH0CI2pcjLZznRWzf0X). Acesso em: 3 ago. 2022

\_\_\_\_\_. **Resolução 21/2018**. Disponível em: <https://bit.ly/3dN09GO>. Acesso em: 1 ago. 2022.

DANTAS, Yane Pitangueira. A Arbitragem como Meio Alternativo na Resolução de Demandas Indenizatórias Decorrentes da Prática de Cartéis e a Minuta de Resolução do CADE submetida à Consulta Pública 05/2016. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 5, n. 1, p. 231-246, 2017. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrência/article/view/321>. Acesso em: 19 ago. 2022.

DOJ. Justice Department Issues Guidance On The Use Of Arbitration And Launches Small Business Help Center. Disponível em: [Justice Department Issues Guidance On The Use Of Arbitration And Launches Small Business Help Center | OPA | Department of Justice](https://www.justice.gov/opa/department-of-justice-issues-guidance-on-the-use-of-arbitration-and-launches-small-business-help-center)

FERNANDES, Luana Graziela Alves. *Passing On Defense: Jurisprudência Brasileira Atual Em Ações De Reparação De danos por cartel*. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 26, n. 1, p. 19-38, 2021. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/153359>. Acesso em: 28 jul. 2022.

FRANZONI, Diego Ricardo Camargo. **Arbitragem societária: fundamentos para uma possível regulação**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: [Arbitragem societária: fundamentos para uma possível regulação \(usp.br\)](https://www.usp.br/arbitragem-societaria-fundamentos-para-uma-possivel-regulacao). Acesso em: 14 ago. 2022.

KOROBKIN, Russell; GUTHRIE, Chris. Psychological barriers to litigation settlement: An experimental approach. **Michigan Law Review**, v. 93, n. 1, p. 107-192, 1994. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1289916>. Acesso em 2 ago. 2022.

MARRARA, Thiago (org.). **Direito administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014. Disponível em: <https://ler-livros.com/ler-online-ebook-pdf-direito-administrativo-transformacoes-e-tendencias-obras-coletivas-baixar-resumo/>. Acesso em: 15 jul. 2022.

MEHREN, Robert B. Von. *The Eco-Swiss Case and International Arbitration*. Disponível em: [Eco-Swiss Case and International Arbitration | Arbitration International | Oxford Academic \(oup.com\)](https://www.oup.com/academic/product/the-eco-swiss-case-and-international-arbitration-9780190111111). Acesso em: 10 jan. 2023.

MARTINEZ, Ana Paula. **Repressão a cartéis: interface entre direito administrativo e criminal**. 2013. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

MUNIZ, Henrique. VILANOVA, Polyanna. **The meeting of two black arts: Cade e a utilização da arbitragem**. Conjur, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-ago-15/defesa-concorrencia-interfaces-entre-arbitragem-direito-concorrencia-brasil>. Acesso em 5 ago. 2022.

OCDE. *Arbitration and Competition 2010: Hearings*. Note by the Secretariat. DAF/COMP. 2011. Paris: OECD. Disponível em: <https://bit.ly/3uT9y32>. Acesso em: 9 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. *Plea Bargaining and Settlement of Cartel Cases*. 2008. Paris: OECD. Disponível em: <https://www.oecd.org/regreform/sectors/41255395.pdf>. Acesso em: 16 ago. 2022.

\_\_\_\_\_. *Public and Private Antitrust Enforcement in Competition*. 2010. Paris: OECD. Disponível em:

[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M\(2015\)1/ANN3/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/M(2015)1/ANN3/FINAL/en/pdf). Acesso em: 7 ago. 2022.

PARIS, Sofia Oliveira. Private antitrust enforcement: a new era for collective redress. YARS, v. 12, p. 11, 2015. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/yars12&div=6&id=&page=>. Acesso em 3 ago. 2022.

PEREIRA, Caio Mario da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil**: Contratos, 32º edição, v. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; ROS, Luiz Guilherme; ALVES, Marlus Santos. **O Projeto de Lei 11.275/2018**: possível introdução de uma ação coletiva arbitral para reparação de danos oriundos de cartel e a necessidade de equilíbrio em Termos de Compromisso de Cessação. Migalhas, 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/325727/o-pl-11-275-18--possivel-introducao-de-uma-acao-coletiva-arbitral-para-reparacao-de-danos-oriundos-de-cartel-e-a-necessidade-de-equilibrio-em-termos-de-compromisso-de-cessacao>. Acesso em: 1 ago. 2022.

PINHA, Lucas Campio. A celeridade na punição e os impactos nos incentivos aos acordos de cartel: uma análise pela Teoria dos Jogos. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 188-202, 2019. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/432>. Acesso em: 21 ago. 2022.

PROVOST, Marion; THILL- TAYARA, Mélanie. France: Private Antitrust Litigation – a Practical Guide. *Global Competition Review*, 2021. Disponível em: [The European, Middle East and African Antitrust Review - Global Competition Review](https://www.gcr.com/france/private-antitrust-litigation-a-practical-guide). Acesso em: 14 jan. 2023.

RAULINO, Mário Sérgio Coutinho. **A arbitragem nos contratos administrativos ante a consensualidade na administração pública**. 2013. Disponível em: [https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/27348/1/2013\\_tcc\\_msraulino.pdf](https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/27348/1/2013_tcc_msraulino.pdf). Acesso em: 20 ago. 2022.

ROST, Maria Augusta. **Arbitragem como componente de uma política pública de combate a cartéis em licitação no Brasil**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2018. p. 129. 2018. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/32097>. Acesso em 27 jul. 2022.

SOARES, Tamírames de Almeida Damásio. As vantagens e desvantagens do procedimento arbitral e o limite mínimo da publicidade nas controvérsias que envolvem a administração pública. **Revista de**

**Direito Administrativo e Gestão Pública**, v. 2, n. 1, p. 37-55, 2016.  
Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/rdagp/article/view/638>.  
Acesso em 27 jul. 2022.

**PARTE 4 – 10 ANOS DA  
VIGÊNCIA DA LEI  
12.529/2011: PASSADO,  
PRESENTE E FUTURO**

## 11. OS DESAFIOS CRIADOS PELAS NOVAS FORMAS DE CONDUTAS COORDENADAS PARA A PROPOSIÇÃO E ASSINATURA DE ACORDOS DE LENIÊNCIA

### 11. CHALLENGES CREATED BY THE NEW TYPES OF COORDINATED CONDUCTS FOR THE PROPOSAL AND SIGNING OF LENIENCY AGREEMENTS

*Paula Wardi Lana Marchezini*

**Resumo:** O presente trabalho busca analisar o histórico dos programas de leniência e discutir os desafios criados para a proposição e assinatura de tais acordos, baseados em condutas tradicionais, pelas formas de coordenação que tem se tornado mais frequentes com a ascensão dos mercados digitais. Busca ainda demonstrar como outros instrumentos de detecção, como *screening* ou programa de recompensas antitruste, podem ser capazes de complementar a leniência no objetivo de identificar e condenar cartéis.

**Palavras-chave:** Acordo de leniência; Cartéis tácitos; Cartéis por algoritmos; *Screening*; Programas de recompensa antitruste.

**Abstract:** This paper seeks to analyze the history of leniency programs and discuss the challenges created for the proposal and signing of such agreements, based on traditional conducts, by the forms of coordination that have become more frequent with the rise of digital markets. It also seeks to demonstrate how other detection instruments, such as screening or antitrust bounty program, may be able to complement leniency in the goal of identifying and convicting cartels.

**Keywords:** Leniency agreement; Tacit cartels; Algorithmic cartels; Screening; Antitrust bounty program.

### 1. Introdução

Os programas de leniência implementados por autoridades antitrustes de diversos países têm sido, desde a década de 90, uma ferramenta de grande efetividade na detecção e posterior condenação de cartéis, sendo usada, por este motivo, como instrumento quase exclusivo para este fim. No entanto, nos últimos anos, tem-se verificado uma queda

no número de pedidos de acordo de leniência, o que pode demonstrar que estes já não estão tão atrativos quanto no passado.

Essa tendência ocorre ao mesmo tempo em que o mercado se transforma devido a um rápido crescimento das plataformas digitais e amplo uso do *big data*, dos algoritmos e do *machine learning*, mudanças que impactam diretamente o Direito da Concorrência, visto que são capazes de criar novas formas de condutas colusivas, como cartéis tácitos e cartéis por algoritmos.

Tais condutas, mais sutis do que os tradicionais acordos expressos, são mais difíceis de serem detectadas e condenadas com base na legislação antitruste existente, o que reduz o incentivo de possíveis proponentes de acordos de leniência a optar pela delação. Além disso, ainda que um participante do conluio se dispusesse a denunciá-lo, os requisitos para a assinatura de um acordo, criados para combater cartéis tradicionais, dificilmente conseguiriam ser cumpridos por um proponente participante destas novas formas de coordenação.

Com base neste contexto, o objetivo do presente trabalho é analisar os desafios criados pelas novas formas de coordenação para a proposição e assinatura de acordos de leniência, bem como sugerir alternativas capazes de complementar esta ferramenta no objetivo de detectar e condenar cartéis.

Para tanto, inicialmente, será realizada uma exposição sobre os programas de leniência, demonstrando sua efetividade na detecção e condenação de cartéis desde a sua implementação. Tratar-se-á também da possível redução da atratividade destes programas, demonstrando, por meio de dados quantitativos, o declínio, nos últimos anos, do número de pedidos e assinatura de acordos de leniência.

Serão ainda apresentadas as novas formas de condutas colusivas, que estão se tornando cada vez mais frequentes no atual contexto tecnológico, esclarecendo de forma breve o seu funcionamento. Com isso, busca-se demonstrar que os participantes de tais formas de conluio têm menos incentivos a assinar um acordo de leniência, considerando que estas condutas são mais difíceis de serem detectadas e inseridas nas previsões legislativas existentes. Ao trazer trechos da literatura e da legislação que regem atualmente os programas de leniência, busca-se evidenciar como as novas formas de coordenação, além de desencorajar a delação, criam desafios aos possíveis proponentes de acordo de atender os requisitos exigidos para a assinatura, concebidos no contexto dos cartéis tradicionais.

Por fim, restando demonstrado que os programas de leniência não podem continuar sendo a única forma de detecção de cartéis pelas

autoridades antitruste, serão apresentadas alternativas a serem usadas de forma complementar neste objetivo, como o *screening* e a implementação de um programa de recompensas pecuniárias.

## **2. Programas de leniência: implementação, efetividade e declínio**

O primeiro programa de leniência antitruste foi implementado pelos Estados Unidos em 1978, mas não obteve muito sucesso, tendo uma média de uma assinatura de acordo por ano, de modo que, em 1993, foram realizadas importantes alterações em seus termos<sup>1</sup>. A união Europeia, a Coreia do Sul e a Bélgica implementaram a leniência ainda nos anos 90, mas foi a partir dos anos 2000 que o instituto de fato se disseminou para a maioria dos países.

O Brasil foi o quinto país a adotar o acordo de leniência no âmbito do antitruste, incorporando-o à legislação pátria em 21 de dezembro de 2000, com a conversão da MP 2.055-4 na Lei 10.149, que alterou a Lei no 8.884/94. A esta, foi acrescentado o art. 35-B, que garantia à União, por intermédio da Secretaria de Direito Econômico, a possibilidade de celebrar tal acordo, “com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, (...) com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica”. Como contraprestação, essas pessoas deveriam colaborar efetivamente com as investigações e o processo administrativo, de modo que permitisse à autoridade antitruste a identificação dos demais coautores da infração e a obtenção de informações e documentos que comprovassem a infração noticiada ou sob investigação.

Com a edição da Lei 12.529, em 2011, e a reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o instituto da leniência passou a ser regido pelo art. 86 do referido diploma e a competência para firmar os acordos foi transferida para o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), que deve fazê-lo por intermédio de sua Superintendência-Geral.

Segundo o CADE, o Programa de Leniência do órgão é:

---

<sup>1</sup> MOREIRA, Eduardo Athayde; PEÑALOZA, Rodrigo. Programas de Leniência, Corrupção e o Papel da Corregedoria da Autoridade Antitruste. In: XXXII Encontro Nacional de Economia da ANPEC. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2004/artigos/A04A091.pdf>>. pp. 3-4.

[...] um conjunto de iniciativas com vistas a detectar, investigar e punir infrações contra a ordem econômica; informar e orientar permanentemente as empresas e os cidadãos em geral a respeito dos direitos e garantias previstos nos artigos 86 e 87 da Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência – LDC) e nos artigos 237 a 251 do RICade; e incentivar, orientar e assistir os proponentes à celebração de Acordo de Leniência Antitruste do Cade (Acordo de Leniência).<sup>2</sup>

Desde o final dos anos 90, os Programas de Leniência em todo o mundo tem sido extremamente bem-sucedidos e foram responsáveis pela detecção e condenação de diversos cartéis, tornando-se a principal e quase exclusiva ferramenta utilizada pelas autoridades antitruste na identificação de condutas colusivas. Nos Estados Unidos, por exemplo, entre 2005 e 2010, noventa por cento de todas as multas aplicadas em casos de cartéis estava relacionado com a participação de proponentes de acordos de leniência<sup>3</sup>. No Brasil, em 2020, o Programa de Leniência Antitruste completou 20 anos, sendo que, até o início daquele ano, foram assinados 99 acordos e, até outubro de 2021 (dado mais recente fornecido pelo CADE), mais 7 já haviam sido firmados<sup>4</sup>.

E a preferência por esse sistema mais reativo de detecção de cartéis no passado tem seus fundamentos. Primeiramente, o programa de leniência é de grande eficiência por se valer de uma característica já intrínseca aos cartéis, qual seja, sua instabilidade, visto que os integrantes deste tipo de conluio, em diversas situações, possuem incentivos para desviar do acordo e capturar todo o mercado<sup>5</sup>. Além disso,

---

<sup>2</sup> CADE. Programa de Leniência Antitruste do Cade. 2016. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/2020-06-02-guia-do-programa-de-leniencia-do-cade.pdf>>. p. 11.

<sup>3</sup> LAMONTANARO, Aleksandra. Bounty Hunters For Algorithmic Cartels: an old solution for a new problem. *Fordham Intellectual Property, Media And Entertainment Law Journal*, Nova Iorque, v. 4, n. 30, p. 1259-1310. 2020. Disponível em: <<https://ir.lawnet.fordham.edu/iplj/vol30/iss4/6/>>. p. 1290.

<sup>4</sup> CADE. Estatísticas do Programa de Leniência do Cade. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/programa-de-leniencia/estatisticas>>.

<sup>5</sup> SEPRAC. Manual Advocacia da Concorrência. Cálculo de Danos em Cartéis. Guia prático para o cálculo do sobrepreço em ações de reparação de danos. 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/guias-e-manuais/calculo-de-danos-em-carteis>>. p. 31.

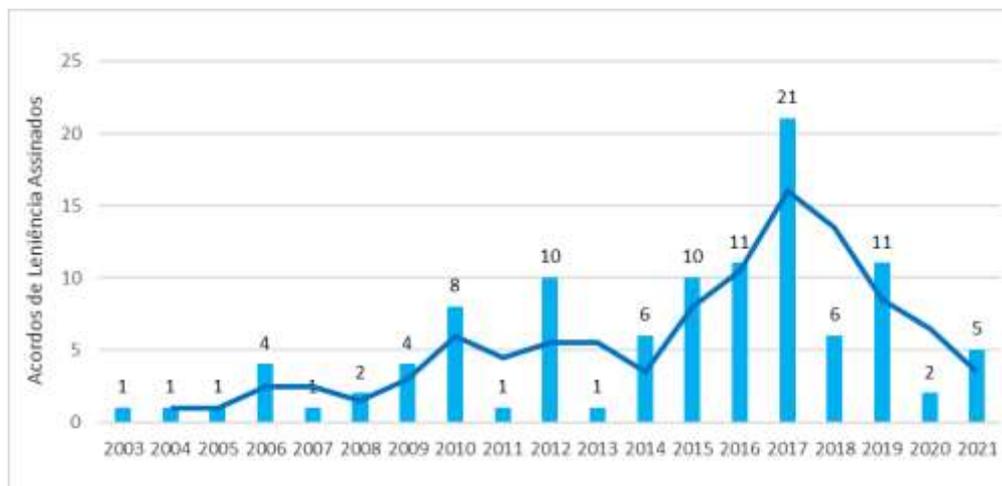
[...] ela [a leniência] não necessita de uma grande quantidade de recursos para ser implementada. Não requer que sejam coletados grandes volumes de dados nem que se empregue economistas e analistas de dados para procurar no palheiro na esperança de encontrar esporadicamente uma agulha. Em segundo lugar, [...] a leniência traz grandes possibilidades de se ter uma elevada taxa de sucesso de condenação, entre aquelas candidaturas selecionadas para serem plenamente investigadas<sup>6</sup> (tradução livre).

No entanto, este cenário tem mudado nos últimos anos. A partir dos dados mostrados no gráfico abaixo, pode-se concluir que a média móvel do número de acordos de leniência assinados junto ao CADE tem sofrido uma queda desde 2017.

---

<sup>6</sup> “First, it is not particularly resource intensive to implement. It doesn’t require collecting large amounts of data and employing economists and data analysts to sift through the haystack in hopes of finding the occasional needle. Second, [...] leniency is likely to have a high success rate of prosecution, among those applications selected to be fully investigated.”. ABRANTES-METZ, Rosa, METZ, Albert. The Future of Cartel Deterrence and Detection. CPI Antitrust Chronicle. Janeiro de 2019, p. 1–6. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3360615>>. p. 2.

**Figura 1 – Média móvel do número de acordos de leniência assinados por ano junto ao CADE.**



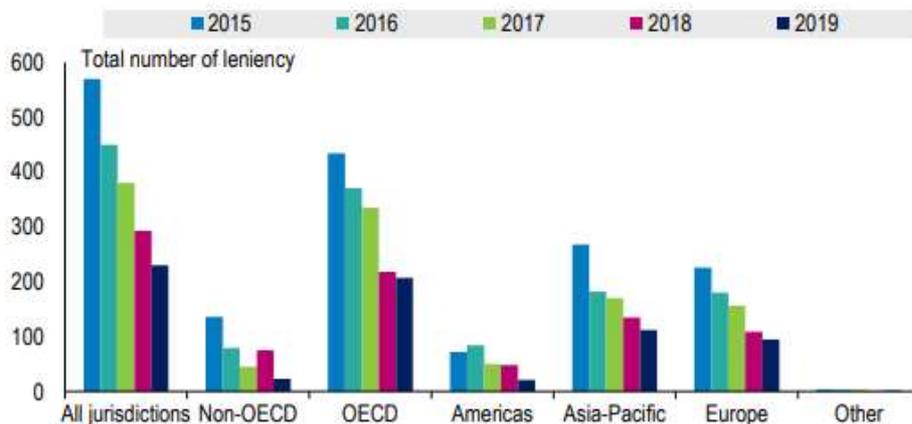
Fonte: Elaborado pela autora a partir de CADE. *Estatísticas do Programa de Leniência do Cade*. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/programa-de-leniencia/estatisticas>>, 2022.

No âmbito mundial, a situação não é diferente. Em um estudo realizado pela OCDE<sup>7</sup>, que considerou dados de 50 jurisdições, detectou-se que os pedidos de acordos de leniência em casos de cartéis caíram para menos da metade: de aproximadamente 600 por ano em 2015 para pouco menos de 300 por ano em 2019.

---

<sup>7</sup> OECD. Competition Compliance Programmes. 2021. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/competition-compliance-programmes-2021.pdf>>. p. 25-26.

**Figura 2 – Número de acordos de leniência propostos por**

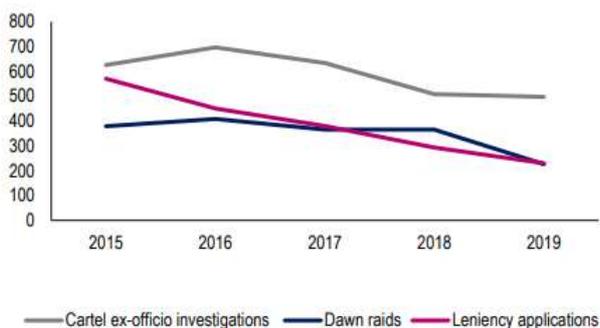


Note: Data based on the 50 jurisdictions in the CompStats database that provided data for five years.  
Source: (OECD, 2021, p. 12<sup>(38)</sup>).

ano.

Fonte: OECD, 2021, p. 25.

**Figura 3 – Tendência do número de acordos de leniência propostos por ano (em rosa).**



Note: Data based on the 50 jurisdictions in the CompStats database that provided data for five years. 4 jurisdictions have reported the total number of dawn raids for both cartels and abuse of dominance cases.  
Source: OECD CompStats Database.

Fonte: OECD, 2021, p. 26.

Uma das hipóteses consideradas para explicar esta queda - que vem ocorrendo não só no número de acordos de leniência firmados, mas

também no de investigações de cartéis - seria a de que as políticas de combate a este tipo de conduta estão sendo bem-sucedidas.

Como exemplo mais relevante, podemos citar a Operação Lava Jato. Por meio de acordos de leniência que vem sendo assinados junto ao CADE desde 2015, por empresas como Camargo Corrêa, Setal Engenharia e Construções, SOG Óleo e Gás e Andrade Gutierrez, foram detectados cartéis em licitações públicas em diversos mercados, especialmente no de serviços de engenharia para, por exemplo, a Petrobrás, a Usina de Angra 3, a Usina de Belo Monte e os estádios da Copa do Mundo de 2014. Em vários processos, foram firmados Termos de Compromisso de Cessação pelos representados não-lenientes, tendo o CADE homologado, em junho de 2022, alguns destes acordos, por meio dos quais impôs contribuições pecuniárias a serem destinadas ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos no valor, somado, de mais de quatrocentos milhões de reais<sup>8</sup>.

Diante do exposto, conclui-se, portanto, que as ferramentas e esforços investigativos de autoridades de defesa da concorrência e as sanções aplicadas a cartéis, em grande parte, podem ter tido um potencial dissuasório palpável.

No entanto, a OCDE, em seu relatório, afirma que os dados não mostram de forma tão clara que a efetividade das agências e programas de *compliance* tenham melhorado de forma significativa. Diante desta informação, um outro diagnóstico pode ser o de que

[...] há algo potencialmente errado com os programas de leniência e sua atratividade – ou seja, os cartéis continuam operando por aí em grandes números, mas os envolvidos simplesmente não estão mais os reportando espontaneamente às autoridades da mesma forma como o faziam até recentemente<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> CADE. Cade celebra acordos em investigações da Lava Jato. 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-celebra-acordos-em-investigacoes-da-lava-jato>>.

<sup>9</sup> FRADE, Eduardo. Novas abordagens para os programas de compliance anticartel. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-16/defesa-concorrenca-historia-evolucoes-programas-compliance-anticartel#sdendnote1sym>>.

### **3. Desafios impostos aos programas de leniência pelas novas formas de coordenação**

#### *3.1. Novas formas de condutas coordenadas*

Uma análise do atual cenário antitruste leva à percepção de que esta tendência de declínio do número de acordos de leniência firmados deve permanecer, pelo menos enquanto não houver mudanças que amoldem o instituto às “novas formas” de coordenação existentes, como os cartéis tácitos, cartéis *hub and spoke* e cartéis por algoritmos. Apesar de algumas destas condutas não serem novas em questão temporal, as mudanças recentes nos mercados tornaram mais prováveis e mais frequentes tais formas de coordenação.

A noção de cartel tácito, por exemplo, já estava presente desde as discussões mais tradicionais sobre políticas antitruste. O CADE, em sua Resolução 20, de 1999, já definia cartéis como “acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, [...] na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio.”<sup>10</sup>

O cartel tácito é entendido como a forma de coordenação que não necessita de um acordo expresso para ser alcançada, sendo mantida com base no mero reconhecimento por parte de cada empresa da interdependência existente entre os *players* do mercado. Nestas situações, o acordo anticompetitivo é criado mesmo que cada competidor esteja seguindo sua própria estratégia de maximização de lucro. Esse tipo de cartel é favorecido pela existência de mercados com maior transparência e com um pequeno número de competidores, nos quais as empresas podem tirar proveito do seu poder de mercado coletivo sem necessidade de usar da comunicação expressa.

E esse é exatamente o cenário dos mercados dominados pelas plataformas digitais, cada vez maiores e mais relevantes atualmente. O grande número de dados captados e utilizado pelas empresas em

---

<sup>10</sup> CADE. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedireitodaconcorrencia/article/view/813/428>>.

transações automatizadas aumentam o fluxo de informações no mercado e, conseqüentemente, a transparência deste<sup>11</sup>.

Quanto ao número de competidores, o Relatório do Reino Unido sobre esse tipo de mercado, por exemplo, evidenciou que onde existe concorrência nos mercados digitais, essa frequentemente ocorre entre um pequeno subgrupo das 5 maiores empresas digitais<sup>12</sup>. Já no documento “Mercados Digitais”, redigido pelo CADE, evidencia-se como uma das características das plataformas digitais o *winner take all* ou *winner take most*.

[...] [C]omo resultado dos efeitos positivos de rede, economia de escala e de escopo, a maioria dos mercados nos quais operam as plataformas exibem essa tendência. [...] De um lado, os efeitos positivos de rede e as economias de escala e escopo, especialmente onde são grandes as vantagens do "first mover" e há substanciais custos de troca, podem sufocar a concorrência ao entrincheirar as posições do mercado dos ganhadores que eles ajudaram a criar. Especificamente, o primeiro a entrar em um mercado "winner take all" ou "winner take most" pode se tornar forte tão rapidamente que deixa os entrantes muito para trás<sup>13</sup>.

E uma das características mais marcantes destas grandes empresas que dominam os mercados digitais é a ampla utilização de algoritmos com o objetivo de direcionar a tomada de decisões de negócios, especialmente aquelas referentes à definição de preços. A chamada economia orientada por dados traz diversos benefícios à concorrência, mas

---

<sup>11</sup> EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. *Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2016. p. 8.

<sup>12</sup> UNITED KINGDOM HM TREASURY. *Unlocking digital competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*. 2019. Disponível em: <[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/785547/unlocking\\_digital\\_competition\\_furman\\_review\\_web.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf)>. p. 31.

<sup>13</sup> CADE. *Mercados de Plataformas Digitais*. 2021. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>>. p. 14.

também cria imperfeições de mercado, dentre elas a facilitação de condutas colusivas<sup>14</sup>.

Uma das formas de coordenação que pode surgir do uso de algoritmos<sup>15</sup> é a chamada *hub-and-spoke*, que também já ocorria fora dos mercados digitais, mas foi fomentada pelas características deste da seguinte forma:

[C]riar e refinar os algoritmos é muito caro. Portanto, cada concorrente terceiriza sua precificação para um algoritmo de preços de um fornecedor a montante. Os concorrentes não interagem diretamente uns com os outros, mas todos eles utilizam o algoritmo de precificação deste fornecedor. [...] Como resultado, o comportamento de mercado dos concorrentes poderia ser “magicamente” alinhado quando todos eles usam um “cérebro” semelhante para determinar sua estratégia de preços<sup>16</sup> (tradução livre).

Portanto, diferentemente dos *hub-and-spoke* tradicionais enfrentados pelas autoridades antitruste, em que havia uma concordância expressa pela colusão horizontal, nesta nova perspectiva a coordenação pode surgir pelo simples uso paralelo, por diversas empresas do mercado, de um mesmo algoritmo de preço.

Os algoritmos também podem criar colusões em um cenário denominado de Agente Previsível. Neste cenário, cada empresa adota seu

---

<sup>14</sup> Para dados quantitativos, ver ASSAD, Stephanie; et al.. Algorithmic Pricing and Competition:

Empirical Evidence from the German Retail Gasoline Market. 2020. <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3682021](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3682021)>

<sup>15</sup> Os autores Stucke e Ezechiel, definem quatro cenários em que os algoritmos podem atuar de forma a promover a colusão via cartel: mensageiro (“messenger”), hub-and-spoke, agente previsível (“predictable agent”) e máquina autônoma (“autonomous machine”). Somente os três últimos, no entanto, serão citados nesse trabalho, visto que o primeiro cenário é mais próximo daqueles que a autoridade antitruste já tem enfrentados nos últimos anos. EZRACHI, STUCKE, 2016.

<sup>16</sup> “[C]reating and refining the algorithms are too expensive. So each competitor outsources its pricing to an upstream supplier’s pricing algorithm. The competitors do not interact directly with each other, yet they all use the upstream supplier’s pricing algorithm. Here we face an industry-wide use of a single algorithm, which competitors use to determine the market price or react to market changes. As a result, the market behavior of the competitors could be “magically” aligned when they all use a similar “brain” to determine their price strategy”. Ibid., p. 47.

algoritmo, unilateralmente, visando monitorar e ajustar preços continuamente com base naqueles cobrados pelos competidores e nos dados de mercado. Sendo necessária uma grande quantidade de informação disponível, aumenta-se a transparência, de modo que cada algoritmo pode reagir rapidamente às mudanças de preço do outro e identificar de forma célere um *free-rider*.

Caso um competidor ofereça um desconto, o outro pode facilmente alterar seu preço para corresponder e, caso aquele eleve seus preços, este também pode aumentar os seus de forma efetiva. Dessa forma, o amplo uso de algoritmos, ainda que distintos, por diversas empresas de um mesmo mercado os leva a praticarem condutas paralelas, mesmo que sem interferência humana, e, considerando que não se conseguiria uma vantagem na oferta de descontos, a conduta prevista é de elevação de preços<sup>17</sup>.

Por último, outra forma de colusão relevante para o tema deste estudo é a do cenário em que o algoritmo atua como Máquina Autônoma. Nestes casos, as empresas criam seus algoritmos com o intuito de maximização de lucros e não com o objetivo de alcançar uma coordenação. Ocorre que, devido à capacidade de autoaprendizagem, estes podem encontrar uma estratégia de maximização que se baseie no aumento da transparência no mercado e, conseqüentemente, na formação de uma colusão tácita.<sup>18</sup>

Diante de todo o exposto, é possível perceber que não se pode mais ligar o conceito de cartel meramente à imagem, comum nos textos de direito concorrencial tradicionais, de uma sala cheia de fumaça com competidores concordando em fixar preços, alocar mercados ou reduzir a oferta<sup>19</sup>. O novo contexto econômico - caracterizado pelo rápido crescimento das plataformas digitais, o amplo uso do *big data* e dos algoritmos e os avanços nos campos do *machine learning* - criou e evidenciou formas ainda mais aprimoradas de conluio, que se distanciam da colusão expressa e se distinguem por serem arranjos mais sutis e, conseqüentemente, mais difíceis de serem detectados e inseridos nas

---

<sup>17</sup> *Ibid.*, pp. 56-62.

<sup>18</sup> COELHO, Maria Camilla. Algoritmos, Colusão e “Novos Agentes”: os Quatro Cenários de Stucke e Ezrachi sob a Ótica da Legislação Antitruste Brasileira. In: ATHAYDE, Amanda; et al. Mulheres no Antitruste. São Paulo: Editora Singular, 2018. Disponível em: <[http://www.pinheironeto.com.br/Documents/Artigos/Algoritmos\\_colus%C3%A3o%20e%20novos%20agentes\\_.pdf](http://www.pinheironeto.com.br/Documents/Artigos/Algoritmos_colus%C3%A3o%20e%20novos%20agentes_.pdf)>. p. 123.

<sup>19</sup> EZRACHI; STUCKE, 2016, p. 9.

previsões legislativas existentes, dentre elas nas exigências para a assinatura de um acordo de leniência antitruste.

### 3.2. A (in)aplicabilidade dos programas de leniência antitruste tradicionais às novas formas de coordenação

Em artigo sobre programas de *compliance* antitruste, Eduardo Frade fez a seguinte afirmação, que poderia facilmente ser intercambiada para tratar da situação atual dos esforços das autoridades de defesa da concorrência:

[...] [O]s programas de *compliance* clássicos desenvolvidos ao longo dos anos foram majoritariamente pensados tendo por base cartéis igualmente clássicos. [...] Os chamados *hard-core* cartéis. Justiça seja feita, o *compliance* antitruste avançou o suficiente para contemplar grupos de e-mails substituindo as salas com homens fumando charutos, mas o fato é que os programas de *compliance* tradicionais ainda não tiveram tempo de se adaptar aos novos tipos de investigações de cartel que tem sido trazidos por autoridades antitruste mundo afora<sup>20</sup>.

No caso do programa de leniência, podem ser citados diversos desafios criados por estas novas formas de coordenação. Os acordos de leniência antitruste são regulados pela Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, enquanto o Guia do CADE sobre o tema foi publicado em 2015 e atualizado pela última vez em 2017.

Como citado anteriormente, o antitruste avançou consideravelmente nos últimos anos para lidar com diversas das mudanças ocorridas, o que não significa, no entanto, que o Programa de Leniência esteja completamente adaptado para ser utilizado no caso das novas formas de coordenação.

No Guia do Programa de Leniência do CADE, por exemplo, o órgão comunica que pelo menos as seguintes informações devem ser fornecidas pelo proponente do acordo:

I. descrição sumária da infração noticiada ou sob investigação;

---

<sup>20</sup> FRADE, 2021.

[...]

III. identificação dos demais participantes da infração noticiada ou sob investigação – empresas e/ou pessoas físicas, bem como descrição detalhada da participação de cada uma delas, indicando, ainda, se possível, a hierarquia de atuação entre essas pessoas e as alterações de representação ao longo dos anos;

[...]

V. duração da infração noticiada ou sob investigação;

VI. descrição detalhada da infração noticiada ou sob investigação – explicação sobre o objetivo da conduta anticompetitiva [...]; a dinâmica da conduta [...]; as datas e locais das reuniões; a frequência e o modo das comunicações; a organização do cartel [...]; mecanismos de monitoramento e/ou de punição implementados pelo cartel, etc;

[...]

VIII. descrição do mercado afetado com explicação sobre o produto ou serviço objeto da infração noticiada; e

IX. indicação dos documentos existentes que comprovem a infração noticiada<sup>21</sup>.

No documento, o CADE ainda informa que o proponente do Acordo de Leniência deve apresentar todos os documentos de que disponha e que considere hábeis a comprovar a infração denunciada e dá como exemplo os documentos que eram, até então, os mais comumente recebidos pela Superintendência-Geral, quais sejam:

I. troca de e-mails entre concorrentes; II. troca de e-mails entre pessoas da mesma empresa, relatando os ajustes entre concorrentes; III. troca de correspondências entre concorrentes; IV. troca de correspondências entre pessoas da mesma empresa, relatando ajustes entre concorrentes; V. troca de mensagens de texto e/ou voz eletrônicas (SMS, WhatsApp, Skype, etc.); VI. agendas, anotações manuscritas, cadernos; VII. gravações; VIII. tabelas e planilhas Excel; IX. comprovantes de reuniões (atas, compromisso de Outlook, agendamento de salas, reservas de hotéis, extrato de cartão de crédito, comprovantes de viagens etc.); X. extratos telefônicos;

---

<sup>21</sup> CADE, 2016, pp. 36-37.

XI. cartões de visita; XII. editais e atas de julgamento de certames, etc<sup>22</sup>.

Já o art. 12.529/11 estabelece que:

Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, [...] com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração;  
e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º O acordo de que trata o caput deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

[...]

II - a empresa cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;<sup>23</sup>

Analisando os fragmentos acima, resta claro que, nos cenários em que são geradas as novas formas de coordenação, várias seriam as dificuldades encontradas por um possível proponente de um acordo de leniência para suprir as exigências impostas pelo CADE: como delatar uma conduta na qual nem se tem consciência de que está inserido?; como falar do objetivo e da dinâmica da conduta, além de identificar os demais envolvidos na infração e sua hierarquia, sendo que, muitas vezes, não se tem nem mesmo uma vontade expressa de participar da coordenação?; quais documentos podem ser apresentados como forma de comprovação

---

<sup>22</sup> Ibid., pp. 37-38.

<sup>23</sup> 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; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm)>.

do ilícito pelo leniente, visto que é possível que não tenha havido nenhum tipo de comunicação entre os competidores?; como cessar a conduta se, muitas vezes, ela é gerada pelo algoritmo de preço da empresa, que é fundamental para a continuidade do funcionamento desta?; ainda que o acordo fosse assinado, em jurisdições em que se faz diferenciação de tratamento para o líder do cartel, como seria determinado o ocupante desta posição?

Com base no exposto, tornam-se cada vez mais proeminentes as discussões quanto à efetividade dos programas de leniência tradicionais como pilares da detecção de cartéis pelas autoridades antitruste e, conseqüentemente, quanto a uma possível necessidade de se revisar toda a abordagem de detecção.

Além da dificuldade de aplicação de um acordo de leniência, deve-se considerar também a falta de incentivo à delação nestes novos cenários. “A habilidade dos algoritmos para rastrear e sinalizar de forma rápida mudanças de preços pelos membros do cartel elimina a falta de confiança entre os cartelistas<sup>24</sup>”, tornando a conduta mais estável e desencorajando a delação. Ademais, devido à grande dificuldade que os órgãos concorrenciais enfrentariam em aplicar a legislação antitruste no combate a estes tipos de conduta, visto que se encontram em uma lacuna legislativa e jurisprudencial<sup>25</sup>, pode-se concluir que os participantes do cartel seriam desestimulados a contribuir com informações, já que não visualizariam a possibilidade de condenação e, portanto, a necessidade de se buscar um tratamento leniente por parte das autoridades.

Apesar das dificuldades que surgem quanto à detecção destes novos tipos de conduta, uma revisão integral dos programas de leniência não se mostra como a forma mais eficiente de lidar com a questão, principalmente se considerarmos o dualismo existente entre o tempo do direito e o dos avanços tecnológicos. Provavelmente, até que haja uma reestruturação dos programas como um todo, novas formas de condutas anticompetitivas já terão surgido.

A aplicação de leis antitruste tradicionais a novos tipos de condutas, sem necessidade de uma alteração legislativa, já vem ocorrendo no âmbito da condenação de cartéis em todo o mundo, por meio de uma interpretação dos dispositivos convencionais à nova realidade do mercado. O mesmo pode ser feito na esfera da detecção, em relação aos programas

---

<sup>24</sup> “The ability of algorithms to track and quickly flag cartel members’ price changes eliminates a lack of trust among cartelists,”. LAMONTANARO, 2020, p. 1286.

<sup>25</sup> Ver COELHO, 2018:

de leniência, para que estes continuem sendo uma ferramenta eficiente. No entanto, ainda que possam continuar a serem usados, o cenário atual provavelmente não permitirá que sua efetividade seja tão grande quanto nos anos anteriores, de modo que tais programas precisarão ser complementados com outras alternativas de detecção de cartéis.

#### **4. Ferramentas alternativas de complementação para detecção de cartéis**

Apesar de os programas de leniência terem sido de grande efetividade nos últimos anos, não se pode deixar de considerar suas desvantagens. Detectar um cartel por meio da leniência requer especificamente que um participante da conduta faça os cálculos e conclua que reportar a colusão é mais benéfico do que participar desta. Desta forma, o programa não pode ser considerado uma panaceia nem mesmo para a detecção de condutas tradicionais.

E se tratando, então, do cenário atual, exposto no último tópico, no qual o incentivo à delação tem sido cada vez menor, conclui-se que os programas de leniência não podem continuar a ser adotados como forma exclusiva de detecção de cartéis, o que já foi identificado por várias autoridades antitruste.

Diversas são as alternativas apresentadas na literatura para complementar a ação dos programas de leniência neste objetivo, sendo a técnica de *screening* (ou filtros econômicos) a mais abordada, seguida pela implementação de um programa de recompensas pecuniárias para a delação. O *screening* “[t]rata-se da utilização de bases de dados e softwares e aplicações de testes estatísticos com o objetivo de identificar e mensurar risco de colusão em mercados ou setores específicos e detectar comportamentos suspeitos de seus agentes”<sup>26</sup>.

A técnica em questão não é uma novidade, mas muitas vezes foi criticada por exigir uma grande quantidade de recursos por parte da autoridade antitruste. No entanto, o cenário atual - marcado por um expressivo aumento na quantidade e confiabilidade de dados disponíveis, bem como pelo desenvolvimento de algoritmos sofisticados capazes de tratar enormes conjuntos de tais dados e identificar padrões de comportamentos suspeitos - vem tornando o *screening* cada vez mais

---

<sup>26</sup> CADE. Combate a Cartéis em Licitação. 2019. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf>>. p. 19.

prático e acessível. No Brasil, o CADE há alguns anos já utiliza os filtros econômicos para identificação de cartéis e a aplicação da técnica tende a ser cada vez maior com a evolução do Projeto Cérebro e do uso de inteligência artificial no rastreamento de possíveis condutas colusivas pelo órgão.

Outra alternativa seria a implementação de incentivos pecuniários para a delação, atraindo participantes “caçadores de recompensas”<sup>27</sup>. Os acordos de leniência da forma que existem atualmente são muitas vezes realizados por funcionários do alto escalão das empresas participantes do conluio. Mesmo nestes casos,

[n]egociar a imunidade é muitas vezes uma dança complicada com os procuradores que consome tempo e dinheiro. Mesmo que seja concedida imunidade, a cooperação com a Divisão Antitruste pode durar muitos anos. Um potencial denunciante de cartel que seja racional tem um forte interesse próprio em continuar sussurrando para si mesmo, "Não há nada para ver aqui".<sup>28</sup> (tradução livre)

Se considerarmos então funcionários de níveis mais baixos, atuar como delator traz somente problemas e nenhum benefício. Com isso, estas pessoas ou mesmo potenciais delatores que não participem do cartel – por exemplo, um consumidor que descobre a existência da conduta entreouvindo uma conversa entre vendedores – geralmente decidem por não tomar uma atitude em relação à informação que possuem. Nestes casos, um programa de recompensa pecuniária para aqueles que denunciam a existência de cartéis poderia ampliar o incentivo à delação<sup>29</sup>. Deve-se considerar também que a ampliação dos benefícios ao delator é

---

<sup>27</sup> A SEC (Securities and Exchange Commission) é um caso de sucesso na implementação deste tipo de programa (ver <https://www.sec.gov/whistleblower>).

<sup>28</sup> Negotiating immunity is often a complicated dance with the prosecutors that is time consuming and expensive. Even if granted immunity, cooperating with the Antitrust Division can span over many years. A rational potential cartel whistleblower has a strong self-interest to keep whistling to himself, “Nothing to see here.” CONNOLLY, Robert; JUSTICE, Kimberly. It’s a Crime There Isn’t a Criminal Antitrust Whistleblower Statute. 2018. Disponível em: <[http://business.cch.com/ald/ALD\\_Criminal-Antitrust-Whistleblower-Statute\\_04-05-2018\\_final\\_locked.pdf](http://business.cch.com/ald/ALD_Criminal-Antitrust-Whistleblower-Statute_04-05-2018_final_locked.pdf)>. p. 2.

<sup>29</sup> Ibid.

capaz não só de aumentar a taxa de detecção da conduta, como também de desestabilizar cartéis já existentes ou até prevenir a formação de novos<sup>30</sup>.

Além do uso de filtros econômicos e implementação das recompensas pecuniárias, outros elementos ligados às questões de dissuasão e detecção de cartéis devem ser considerados neste cenário de declínio dos pedidos de acordos de leniência: os programas de *compliance* das empresas devem ser continuamente aprimorados, de modo a abordar e fornecer conhecimento aos funcionários sobre os riscos trazidos pelas novas tecnologias, como é o caso do uso de algoritmos de preço; deve-se levar em conta a possibilidade de se incentivar a leniência corporativa, visto que a individual, apesar de mitigar as consequências processuais, não é capaz de evitar os prejuízos pessoais e profissionais ao delator; e é necessário que agentes públicos (especialmente aqueles que lidam com aquisições de produtos e contratação de serviços pelo poder público) sejam instruídos a identificar padrões que indiquem condutas suspeitas<sup>31</sup>.

Diante do exposto, pode-se concluir que “[a] questão não é mais se a leniência *precisaria* ser complementada, mas como a leniência *deve* ser complementada”<sup>32</sup> (grifo nosso) (tradução livre).

## 5. Conclusão

As mudanças trazidas pelo amplo uso de novas tecnologias, como o *big data*, os algoritmos e o *machine learning*, vêm afetando diretamente o antitruste, visto que têm sido capazes de criar novas de coordenação, bem como tornar mais frequentes condutas que há muito já existiam. Estes novos tipos de conluio, ao se diferenciarem dos acordos expressos dos cartéis tradicionais, são mais difíceis de serem detectados e inseridos nas previsões legislativas existentes, dentre elas, na assinatura de um acordo de leniência antitruste.

Isto porque a dificuldade de tais condutas serem descobertas e condenadas reduz o incentivo de um participante buscar um tratamento leniente por parte da autoridade antitruste em troca da delação. Ademais, ainda que haja um possível proponente, este dificilmente conseguiria cumprir os requisitos exigidos para a assinatura de um acordo de leniência, visto que foram pensados para os casos de cartéis clássicos.

---

<sup>30</sup> LAMONTANARO, 2020, p. 1296.

<sup>31</sup> ABRANTES-METZ; METZ, 2019, pp. 6-7.

<sup>32</sup> “The question is no longer whether leniency should be supplemented, but how leniency must be supplemented”. ABRANTES-METZ; METZ, 2019, p. 3.

É necessário compreender que:

[o] tempo do direito não é o da economia, e muito menos dos avanços tecnológicos da sociedade. Por partirem de racionais distintos – um dualismo entre a dinamicidade da evolução econômico-tecnológica [...] e o direito que preza pela segurança jurídica e estabilidade na interpretação e aplicação de normas –, é natural que surjam dificuldades na aplicação (ou moldação) do ordenamento jurídico à novos tipos de fatos e relações sociais<sup>33</sup>.

Isso não significa, no entanto, que não seja necessário pensar em formas de se adequar aos novos contextos. Ainda que os programas de leniência tenham sido, por tanto tempo, a principal e mais efetiva forma de detecção de cartéis, no atual cenário de uma tendência de declínio na atratividade deste tipo de acordo, é essencial, como buscou-se no presente trabalho, pensar em instrumentos capazes de auxiliar as autoridades antitruste em seu objetivo.

## 6. Referências Bibliográficas

ABRANTES-METZ, Rosa, METZ, Albert. The Future of Cartel Deterrence and Detection. *CPI Antitrust Chronicle*. Janeiro de 2019, p. 1–6. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3360615>>. Acesso em Ago. 2022.

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; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências*. 2011. 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 Jul. 2022.

CADE. *Cade celebra acordos em investigações da Lava Jato*. 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt->

---

<sup>33</sup> MOREIRA, Andrei; ATHIAS, Daniel Thobias. Algoritmos e suas repercussões nas infrações concorrenciais. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-25/algoritmos-repercussoes-infracoes-concorrenciais>>.

br/assuntos/noticias/cade-celebra-acordos-em-investigacoes-da-lava-jato>. Acesso em Jan. 2023.

CADE. *Combate a Cartéis em Licitação*. 2019. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-de-combate-a-carteis-em-licitacao-versao-final-1.pdf>>.

Acesso em Ago. 2022.

CADE. *Estatísticas do Programa de Leniência do Cade*. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/programa-de-leniencia/estatisticas>>. Acesso em Jul. 2022.

CADE. *Programa de Leniência Antitruste do Cade*. 2016. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/2020-06-02-guia-do-programa-de-leniencia-do-cade.pdf>>. Acesso em Jul. 2022.

CADE. *Mercados de Plataformas Digitais*. 2021. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>>. Acesso em Jul. 2022.

CADE. *Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999*. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedireitodaconcorrencia/artic le/view/813/428>>. Acesso em Jul. 2022.

COELHO, Maria Camilla. Algoritmos, Colusão e “Novos Agentes”: os Quatro Cenários de Stucke e Ezrachi sob a Ótica da Legislação Antitruste Brasileira. In: ATHAYDE, Amanda; et al.. *Mulheres no Antitruste*. São Paulo: Editora Singular, 2018. Disponível em: <[http://www.pinheironeto.com.br/Documents/Artigos/Algoritmos\\_colus%C3%A3o%20e%20novos%20agentes\\_.pdf](http://www.pinheironeto.com.br/Documents/Artigos/Algoritmos_colus%C3%A3o%20e%20novos%20agentes_.pdf)>. Acesso em Jul. 2022.

CONNOLLY, Robert; JUSTICE, Kimberly. *It's a Crime There Isn't a Criminal Antitrust Whistleblower Statute*. 2018. Disponível em: <[http://business.cch.com/ald/ALD\\_Criminal-Antitrust-Whistleblower-Statute\\_04-05-2018\\_final\\_locked.pdf](http://business.cch.com/ald/ALD_Criminal-Antitrust-Whistleblower-Statute_04-05-2018_final_locked.pdf)>. Acesso em Ago. 2022.

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

FRADE, Eduardo. *Novas abordagens para os programas de compliance anticartel*. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-16/defesa-concorrencia-historia-evolucoes-programas-compliance-anticartel#sdendnote1sym>>. Acesso em Jul. 2022.

LAMONTANARO, Aleksandra. Bounty Hunters For Algorithmic Cartels: an old solution for a new problem. *Fordham*

*Intellectual Property, Media And Entertainment Law Journal*, Nova Iorque, v. 4, n. 30, p. 1259-1310. 2020. Disponível em: <<https://ir.lawnet.fordham.edu/iplj/vol30/iss4/6/>>. Acesso em Ago. 2022.

MOREIRA, Andrei; ATHIAS, Daniel Thobias. *Algoritmos e suas repercussões nas infrações concorrenciais*. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-25/algoritmos-repercussoes-infracoes-concorrenciais>>. Acesso em Ago. 2022.

MOREIRA, Eduardo Athayde; PEÑALOZA, Rodrigo. Programas de Leniência, Corrupção e o Papel da Corregedoria da Autoridade Antitruste. In: *XXXII Encontro Nacional de Economia da ANPEC*. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br/encontro2004/artigos/A04A091.pdf>> Acesso em Jul. 2022.

OECD. *Competition Compliance Programmes*. 2021. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/competition-compliance-programmes-2021.pdf>>. Acesso em Jul. 2022.

SEPRAC. *Manual Advocacia da Concorrência*. Cálculo de Danos em Cartéis. Guia prático para o cálculo do sobrepreço em ações de reparação de danos. 2018. Disponível em: <<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/guias-e-manuais/calculo-de-danos-em-carteis>>. Acesso em Jan. 2023.

UNITED KINGDOM HM TREASURY. *Unlocking digital competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*. 2019. Disponível em: <[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/785547/unlocking\\_digital\\_competition\\_furman\\_review\\_web.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf)>. Acesso em Jul. 2022.

## 12. CONCORRÊNCIA DESLEAL: UMA BREVE ANÁLISE A PARTIR DO CASO HOPE VS. LOUNGERIE

### 12. UNFAIR COMPETITION: A BRIEF ANALYSIS BASED ON THE HOPE VS. LOUNGERIE CASE

*Elena Moura Leite Martin, Maria Carolina Polo Vieira, Victória Ximenes  
Diamantino*

**Resumo:** O princípio constitucional da livre concorrência garante a liberdade dos agentes econômicos na sua atuação no mercado. Contudo, a observância deste princípio não deve ultrapassar a liberdade da atuação de terceiros, devendo ser analisados princípios como a lealdade na conduta dos agentes visando a conquista do mercado. Nesse sentido, buscou-se analisar como o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Superior Tribunal de Justiça julgaram o caso *Hope vs. Loungerie*, em que se alegou a existência da concorrência legal, bem como os aspectos conceituais pertinentes a este estudo, em especial no que se relaciona ao conceito da concorrência desleal no ordenamento jurídico brasileiro, a legislação que a regula e sua não configuração como infração à ordem econômica.

**Palavras-chave:** Concorrência desleal, caso *Hope vs. Loungerie*; infração à ordem econômica.

**Abstract:** The constitutional principle of free competition guarantees the freedom of the economic agents in their operation in the market. However, the observance of this principle must not go beyond the freedom of third parties to act, and principles such as loyalty in the conduct of agents with a view to conquering the market must be observed. In this sense, we sought to analyze how the São Paulo Court of Justice and the Brazilian Superior Court of Justice judged the *Hope vs. Loungerie* case, in which the existence of legal competition was alleged, as well as the conceptual aspects relevant to this study, especially in regard to the concept of unfair competition in the Brazilian legal system, the legislation that regulates it and its non-configuration as a violation of the economic order.

**Keywords:** Unfair competition, *Hope vs. Loungerie* case, violation of the economic order.

## 1. Introdução

O inciso IV do artigo 170 da Constituição Federal<sup>1</sup> determina que o mercado doméstico é regido pelo princípio da livre concorrência, ou seja, os agentes econômicos são livres para se apresentar no mercado do modo que quiserem. Todavia, a atuação destes agentes não pode prejudicar ou limitar o direito e o acesso ao princípio constitucional apresentado em face a terceiros, de modo que as oportunidades de entrada e manutenção do mercado sejam limitadas ou prejudicadas por essa atuação. Com isso, surge a necessidade da imposição de limites do princípio em questão para a preservação da concorrência como a conhecemos.

Assim, a regulamentação da livre concorrência manifesta-se como forma de impedir que os agentes econômicos se utilizem de meios ilícitos ou desleais para conquistar o mercado em face dos demais concorrentes. A regulação, portanto, tem a função de coibir abusos de liberdades individuais para que a livre concorrência seja mantida<sup>2</sup>, já que essa é um instrumento essencial para garantir o desenvolvimento dos mercados, proporcionando fomento e garantias aos agentes econômicos<sup>3</sup>. Dentre os diversos comportamentos dos agentes econômicos que devem ser coibidos através da regulamentação da concorrência, destaca-se o instituto da concorrência desleal.

A concorrência desleal se verifica a partir da análise da concorrência no mercado em questão e está relacionada à forma e aos meios usados pelos agentes para concorrer.<sup>4</sup> Assim, tal infração depende do modo em que a competição se apresenta dentro do mercado e disciplina comportamentos dos agentes econômicos.

Conforme será observado, diversas condutas podem ser enquadradas como concorrência desleal em função da falta de uma

---

<sup>1</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 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 21 ago. 2022.

<sup>2</sup> CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial. 3ª ed. Atualizada por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. Ed. Lumen Júris. 2010. Vol. I. Parte I, p. 82.

<sup>3</sup> TOMIYOSHI, Talisa Estefania Thomaz. Desenvolvimento através da concorrência e da inovação tecnológica. Revista de Direito da Concorrência, v. 24, n. 2, p. 1-20, 2011.

<sup>4</sup> MORO, Maitê Cecília Fabbri. Marcas tridimensionais: sua proteção e os aparentes conflitos com a proteção outorgada por outros institutos da propriedade intelectual. São Paulo: Editora Saraiva. 2009, p.283.

determinação precisa do termo e do uso da expressão “desleal”, que admite diversas interpretações de acordo com o contexto fático a ser analisado. Desse modo, é possível afirmar que não há uma determinação universal e precisa que a conceitua, sendo observada, muitas vezes, caso a caso.

Assim, o presente trabalho busca analisar o instituto da concorrência desleal com base no caso das marcas *Hope e Loungerie*<sup>5</sup>, que foi julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP)<sup>6</sup> e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)<sup>7</sup> em função da semelhança das peças de lingerie vendidas pelas duas marcas. Destarte, a metodologia empregada no presente artigo será a análise do caso supracitado, somada à revisão bibliográfica pertinente ao caso.

Para que atinja os seus objetivos, o artigo será dividido em três partes, sendo elas: uma análise do instituto da concorrência desleal, um breve relato do caso escolhido e uma análise das diferenças entre a concorrência desleal e das infrações à ordem econômica.

Na primeira parte do texto, será descrito o instituto da concorrência desleal e a sua aplicação prática. Nesse momento, serão observados os motivos pelos quais há conflitos em uma definição universal e única sobre o que seria a concorrência desleal e no que esse instituto se baseia, assim como os seus objetivos e práticas.

Em seguida, será estudado o processo nº 1043901-02.2017.8.26.0100 a partir da exposição e análise dos fatos que levaram à judicialização da questão, com base no instituto da concorrência desleal. Assim, o relato da disputa judicial entre *Wacoal, Loungerie e Hope* será destrinchada a partir das alegações e fatos trazidos pelas partes nos autos do processo judicial e as decisões exaradas ao decorrer deste.

Por fim, se buscará entender como a concorrência desleal na relação com as infrações à ordem econômica, tratando dos aspectos da tutela macro e microjurídicas quando se trata da concorrência, bem como

---

<sup>5</sup> Que tramitou no TJSP sob o nº 1043901-02.2017.8.26.0100.

<sup>6</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 1043901-02.2017.8.26.0100, Juiz, Vitor Frederico Kumpel. São Paulo, 15 dez. 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14262228&cdForo=0>. Acesso em: 17 ago. 2021.

<sup>7</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial nº 1.943.690-SP (2021/0177329-5). Recorrentes: Wacoal Americca Inc. e Loungerie S/A. Recorrida: Hope do Nordeste LTDA. Relatora: Min Nancy Andrighi, 19 de outubro de 2021.

os motivos que levam a competência da Justiça Estadual para análises como a do caso discutido.

## 1. O Instituto da Concorrência Desleal

A concorrência desleal é um mecanismo responsável pela manutenção da livre-concorrência, uma vez que visa repelir atos anticoncorrenciais realizados com a intenção de prejudicar alguma atividade por meios desonestos<sup>8</sup> e garantir as posições adquiridas pelos agentes econômicos nas suas relações recíprocas<sup>9</sup>. Desse modo, ela regulamenta atos e comportamentos dos agentes econômicos, a partir da análise se seus atos estão em conformidade com as práticas locais e de mercado. Segundo Fábio Comparato, “a concorrência desleal deveria ser compreendida através da noção de abuso de direito, caracterizado este de forma bivalente, seja, em relação ao elemento subjetivo – intenção de prejudicar – seja em relação aos meios empregados pelo agente”<sup>10</sup>. Assim, nota-se que a concorrência desleal é caracterizada pela intenção de prejuízo do agente econômico aos demais participantes do mercado em que atua por meio de seus atos.

Contudo, o instituto estudado não possui uma definição precisa e universal, de modo que há conflitos entre os juristas acerca da determinação do que é, de fato, a concorrência desleal. Parte da discussão advém do termo "desleal", na medida em que a deslealdade é um conceito subjetivo e individual formado a partir das experiências pessoais e culturais de cada um.<sup>11</sup> Assim:

---

<sup>8</sup> Nesse sentido, Fróes (2001) define a concorrência desleal como: “o concorrente desleal, qualquer seja a modalidade de ilícito, não planta a árvore, mas colhe os frutos da árvore alheia, à revelia de seu dono”. Em complementação, Ascensão (1996) ao discorrer sobre o tema afirma que “a essência está nas situações em que alguém procura vencer no mercado não pela sua própria contribuição, mas explorando as contribuições alheias”.

<sup>9</sup> AMORIM, Ana Clara Azevedo de. A Concorrência Desleal à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça: revisitando o tema dos interesses protegidos. Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, Montes Claros, Minas Gerais, Brasil, v. 2, n. 2, p. 70, jul./dez., 2017.

<sup>10</sup> COMPARATO, F. K. Concorrência Desleal. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 375, jan. 1967.

<sup>11</sup> CHENEVARD, Charles. *Traité de la concurrence déloyale en matière industrielle et commerciale*. Paris: LGDJ, 1914, p. 15 apud MORO (2009), op. cit., p. 285.

O que venha a ser lealdade ou deslealdade na concorrência resulta da conformidade ou não do comportamento do competidor ao padrão esperado. Assim, não se apura só o dolo do competidor – especialmente no caso de um crime de concorrência desleal – mas a existência de deslealdade.<sup>12</sup>

Desse modo, a configuração da concorrência desleal se dá por fatores encontrados em relação ao mercado e ao contexto fático, sendo que não há necessidade de dolo na realização da prática, o que mantém a dificuldade doutrinária em relação à definição do instituto e naquilo em que ele consiste.

A prática da concorrência desleal foi prevista pela primeira vez na Convenção de União de Paris (CUP), a qual teve como finalidade a criação de um sistema internacional de proteção da propriedade intelectual. O Brasil foi um dos primeiros signatários desta convenção, a qual estabeleceu determinados padrões para a proteção da propriedade intelectual e inovou trazendo os princípios da prioridade, da independência e da igualdade de tratamento entre estrangeiros e nacionais.<sup>13</sup>

A convenção previu no artigo 10 *bis* o conceito de concorrência desleal e os atos que poderiam ser assim considerados. *In verbis*<sup>14</sup>:

(1) Os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União proteção efetiva contra a concorrência desleal.

(2) Constitui ato de concorrência desleal **qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial**.

(3) Deverão proibir-se particularmente:

1º Todos os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente;

---

<sup>12</sup> BARBOSA, Denis Borges. A doutrina da concorrência. 2002. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2835629/mod\\_resource/content/1/Denis%20Borges%20Barbosa.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2835629/mod_resource/content/1/Denis%20Borges%20Barbosa.pdf), p.12.

<sup>13</sup> CARVALHO, Nuno Tomaz Pires de. O sistema internacional de patentes e a nova ordem econômica internacional- considerações breves. Revista informativa legislativa. Brasília, v. 22, nº 88, out/dez. 1985, p. 170/171.

<sup>14</sup> PARIS. Convenção de Paris para Proteção da Propriedade Intelectual. Disponível em: <<https://www.gov.br/inpi/pt-br/backup/legislacao-1/cup.pdf>.> Acesso em: 21 de agosto de 2022.

2º As falsas alegações no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente;

3º As indicações ou alegações cuja utilização no exercício do comércio seja suscetível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabricação, características, possibilidades de utilização ou quantidade das mercadorias. (Grifo nosso)

Conforme observado no referido artigo, a CUP determinou três práticas caracterizadas como concorrência desleal. Nesse sentido, cabe ressaltar que o rol determinado pela convenção é exemplificativo, ou seja, demais práticas podem ser consideradas desleais além das descritas, na medida em que afirma que qualquer ato concorrencial contrário aos usos comuns no direito industrial e concorrencial podem ser considerados como desleais. Assim, o uso do termo “usos honestos” deixa o conceito de concorrência desleal em abstrato, variando conforme a cultura local, as práticas aceitas por cada país ou o modo de atuação de cada mercado.

Cabe destacar que a concorrência desleal possui como principal objetivo a coibição de práticas e condutas deterioradoras do mercado, sendo, ao mesmo tempo, uma forma de limitação e de manutenção do princípio da livre concorrência.<sup>15</sup> A natureza do ato desleal vem, na maioria dos casos, de atos excessivos do exercício da liberdade de concorrência, desrespeitando deveres sociais.<sup>16</sup> Desse modo, essas práticas estão relacionadas ao abuso do direito constitucional da livre concorrência, ao mesmo tempo em que, para um ato seja assim caracterizado, a situação fática e modo de atuação do mercado devem ser considerados.

Da mesma maneira em que os juristas não conseguem ter uma determinação clara e universal do que consistiria a concorrência desleal, os legisladores também são incapazes de criar um rol exaustivo de condutas consideradas desleais, na medida em que a capacidade de malícia humana é ilimitada.<sup>17</sup>

---

<sup>15</sup> ASCARELLI, Tulio. *Teoria della Concorrenza e dei beni Immateriali*. 3a. Ed. Giuffrè, 1960, p. 172 apud BARBOSA, op. cit., p. 12.

<sup>16</sup> ROUBIER, Paul. *Le Droit de la Propriété Industrielle*. Sirey, 1950, p. 526 apud *Ibidem*, p.14

<sup>17</sup> DIAS, Fernanda Mósca Tavares; MANZUETO, Cristiane dos Santos. *Concorrência desleal, concorrência parasitária e aproveitamento parasitário*. 2021, p.1. Disponível em: <https://diblasiparente.com.br/wp-content/uploads/2021/11/concorrenca-desleal-concorrenca-parasitario-e-aproveitamento-parasitario.pdf>

A título de exemplo, trazemos uma das situações mais comuns da concorrência desleal: a aproximação entre estabelecimentos e produtos. O concorrente desleal procura se aproveitar das vantagens de produtos já conhecidos, de modo que eles buscam o caminho mais rápido para o seu sucesso, se aproximando do produto ou marca que o representa, com a intenção de levar os consumidores a erro, já que estes acreditariam que os produtos teriam a mesma origem. Desse modo, o concorrente desleal se aproveita da confiança dos consumidores para vender seus serviços ou produtos sem considerar as eventuais perdas que seu concorrente terá com os seus atos.<sup>18</sup>

A conduta em questão se relaciona com a proteção dos direitos de propriedade intelectual sendo que a Lei nº 9.279 de 1996 (Lei de Propriedade Industrial - “LPI”)<sup>19</sup> e a Lei nº 9.610 de 1998 (Lei de Direitos Autorais - “LDA”)<sup>20</sup> possuem aplicações próprias da concorrência desleal e são complementares entre si.<sup>21</sup> Cabe destacar que a repressão desse instituto é prevista como medida geral em relação à proteção dos direitos relacionados à propriedade industrial, conforme o artigo 2º, da LPI: “Art. 2º A proteção dos direitos relativos à propriedade industrial, considerado o seu interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, efetua-se mediante: (...) V - repressão à concorrência desleal.”<sup>22</sup>

A fim de melhor delimitar as condições de concorrência desleal quanto à propriedade industrial, a LPI<sup>23</sup> determina no art. 195 as condutas que se enquadram na presente prática, quais sejam:

Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:

- I - publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem;
- II - presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem;

---

<sup>18</sup> SOUSA, Simone Letícia Severo e. Das práticas concorrenciais ilícitas: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica. Revista de Direito Brasileira, [S.l.], v. 14, n. 6, p. 215 / 1230, ago. 2016. ISSN 2358-1352, p. 220.

<sup>19</sup> BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19279.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm)>. Acesso em 15 jan. 2023.

<sup>20</sup> BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19610.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm)>. Acesso em 15 jan. 2023.

<sup>21</sup> CERQUEIRA, op. cit., p. 84/85.

<sup>22</sup> BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996, op. cit.

<sup>23</sup> Ibidem.

III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;

IV - **usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos;**

V - usa, indevidamente, nome comercial, título de estabelecimento ou insígnia alheios ou vende, expõe ou oferece à venda ou tem em estoque produto com essas referências;

VI - substitui, pelo seu próprio nome ou razão social, em produto de outrem, o nome ou razão social deste, sem o seu consentimento;

VII - atribui-se, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve;

VIII - vende ou expõe ou oferece à venda, em recipiente ou invólucro de outrem, produto adulterado ou falsificado, ou dele se utiliza para negociar com produto da mesma espécie, embora não adulterado ou falsificado, se o fato não constitui crime mais grave;

IX - dá ou promete dinheiro ou outra utilidade a empregado de concorrente, para que o empregado, faltando ao dever do emprego, lhe proporcione vantagem;

X - recebe dinheiro ou outra utilidade, ou aceita promessa de paga ou recompensa, para, faltando ao dever de empregado, proporcionar vantagem a concorrente do empregador;

XI - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato;

XII - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de conhecimentos ou informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude;  
ou

XIII - vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser;

XIV - divulga, explora ou utiliza-se, sem autorização, de resultados de testes ou outros dados não divulgados, cuja

elaboração envolva esforço considerável e que tenham sido apresentados a entidades governamentais como condição para aprovar a comercialização de produtos.

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Inclui-se nas hipóteses a que se referem os incisos XI e XII o empregador, sócio ou administrador da empresa, que incorrer nas tipificações estabelecidas nos mencionados dispositivos.

§ 2º O disposto no inciso XIV não se aplica quanto à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público. (grifo nosso)

Conforme analisado, a LPI apresenta uma grande preocupação acerca dos atos que podem infringir a boa manutenção da proteção desses direitos, assim como a concorrência. Desse modo, as condutas supracitadas são passíveis de responsabilização cível e penal pelo concorrente desleal.

Ainda, considera-se que a concorrência desleal só pode ocorrer entre dois agentes econômicos que oferecem, de modo efetivo e atual, simultaneamente, em um mesmo território, produtos ou serviços destinados à satisfação das mesmas necessidades<sup>24</sup>. É nesse contexto que se cita a importância de análise da concorrência em base em casos práticos:

A concorrência só pode ser apreciada em concreto, pois o que interessa saber é se a actividade de um agente económico atinge ou não a actividade do outro, através da disputa da mesma clientela. Para se poder falar de concorrência é essencial que sejam idênticas ou afins as actividades económicas prosseguidas por dois ou mais agentes.<sup>25</sup>

Para melhor explicitar a aplicação prática da concorrência desleal, passa-se à análise do caso *Hope vs. Loungerie*, em que a presente prática foi analisada pelas autoridades judiciais, a fim de se compreender

---

<sup>24</sup> AMORIM, Ana Clara Azevedo de. A Concorrência Desleal à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça: revisitando o tema dos interesses protegidos. Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, Montes Claros, Minas Gerais, Brasil, v. 2, n. 2, p. 65 - 108, jul./dez., 2017.

<sup>25</sup> Acórdão de 11 de fevereiro de 2003, 02A4599, EU:C: 2003: SJ200302110045996.

como o Poder Judiciário pátrio caracteriza a prática de concorrência desleal e os seus possíveis desdobramentos.

### 3. Breve Relato dos Fatos

Em 11.5.2017, a *Wacoal America Inc* e *Loungerie S/A* ajuizaram ação de procedimento comum com pedido de tutela antecipada<sup>26</sup> em face da *Hope* do Nordeste Ltda. A primeira requerente foi criada no Japão, em 1949, e possui parceria com a segunda requerente para realizar a distribuição de seus produtos no território brasileiro. A *Loungerie*, por sua vez, iniciou suas atividades em 2009, com a inauguração de uma loja na cidade de São Paulo, revendendo diversas marcas, dentre as quais, a da primeira requerente.

A requerida, por seu turno, atua no ramo mercadológico de fabricação e comercialização de roupas íntimas. No entanto, as requerentes sustentaram, em petição inicial, que a *Hope* ofertava e comercializava imitações não autorizadas de produtos da linha Embrace Lace, que são produzidos pela primeira requerida e comercializados pela segunda. Isto porque, no início de 2017, a *Hope* teria publicado em suas redes sociais peças de sua coleção, com destaque à uma camisola idêntica à comercializada pelas requerentes. Não apenas, o perfil oficial da requerida compartilhou publicação da revista *Marie Claire* exibindo produtos similares aos da linha das requerentes.

Em meio às críticas realizadas pelos consumidores, apontando a semelhança dos produtos das marcas, a requerida alegou que se tratava de coleção com peças exclusivas da *Wacoal* feitas para a *Hope*. Assim, a *Wacol* enviou notificação extrajudicial à requerida, de modo que esta apenas procedeu com a remoção das publicações de suas redes sociais, mantendo o lançamento e comercialização dos produtos similares, o que levou à propositura da demanda judicial ora analisada.

As alegações jurídicas foram de violação ao direito autoral da *Wacoal* por parte da *Hope*, concorrência desleal, publicação de declarações falsas e desvio fraudulento de clientela. Quanto à ocorrência de concorrência desleal, as requerentes (*Wacoal* e *Loungerie*) sustentaram:

---

<sup>26</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 1043901-02.2017.8.26.0100, Juiz, Vitor Frederico Kumpel. São Paulo, 15 dez. 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/getArquivo.do?cdAcordao=14262228&cdForo=0>. Acesso em: 17 ago. 2021

Sem prejuízo dos ilícitos já apontados, a conduta da Ré constitui ato de concorrência desleal, não menos de parasitismo, na medida em que acaba por auferir clientela às custas da reputação erigida em tomo da afamada marca WACOAL promovida no Brasil mediante árduos esforços das Autoras.

Como é cediço, ‘ato de concorrência desleal’ é definido como qualquer ato ‘contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial’, ex vi do art. 10 bis da Convenção da União de Paris, da qual o Brasil é signatário e que foi internalizada pelo Decreto 75.572/75.

Tanto a publicação de informações falsas, quanto a venda de produtos cuja configuração visual imita as características típicas e exclusivas da linha Embrace Lace constituem prática de concorrência desleal e são expressamente vedadas pela legislação nacional.

Diante das alegações, as requerentes pleitearam: (i) que a ré publicasse em seus perfis oficiais contrapropaganda informando ao público que a *Hope* não estava autorizada a comercializar produtos da marca *Wacoal* e que não detém relação com esta; (ii) que a *Hope* se abstivesse de comercializar produtos objeto da demanda, e (iii) que recolhesse das lojas próprias e franqueadas todos os produtos objetos da demanda.

Em decisão interlocutória<sup>27</sup> proferida em 15 de maio de 2017, foi decidido pelo acolhimento do primeiro pedido de tutela de urgência, sendo determinado que a *Hope* publicasse em seus perfis oficiais do facebook e instagram que não estava autorizada a comercializar produtos da marca *Wacoal* e que não possuía qualquer relação com a marca.

Em contestação, a *Hope* sustentou, em síntese, que:

(i) não há originalidade, criatividade ou distintividade nas peças que compõem a coleção "Embrace Lace" da WACOAL, afastando qualquer proteção pela Lei de Direitos Autorais (Lei n.2 9.610/98) e pela Lei de Propriedade Industrial (Lei n.2 9.279/96);

---

<sup>27</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 1043901-02.2017.8.26.0100, Juiz, Vitor Frederico Kumpel. São Paulo, 15 dez. 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14262228&cdForo=0>. Acesso em: 17 ago. 2021.

- (ii) eventuais similaridades são características que fazem parte da tradição e das tendências do mundo da moda (domínio público);
- (iii) as coleções "Embrace Lace", da WACOAL, e "Majestic", da HOPE, possuem significativas, visíveis e plausíveis diferenças que os distinguem entre si, muito embora estejam inseridos no mesmo contexto e tendência deste segmento mercadológico.

No mais, elucidou que as peças em discussão não seriam portadoras de originalidade ou contributo mínimo (elemento artístico) que ensejaria proteção por direito autoral, de modo que a Hope não estaria violando qualquer direito das requerentes. Ainda, diante da função utilitária dos produtos, estes seriam fabricados em escala industrial, com finalidade de atender necessidades diárias de seus clientes, de forma que seu efeito estético seria ornamental, não artístico.

Destarte, alegaram a inexistência de concorrência desleal, por se tratar de modelo industrial não protegido por patente e por se tratar de marca distintiva da requerida, não prosperando qualquer alegação de confusão no mercado. Dessa forma, foi determinada a produção de prova pericial na modalidade de propriedade intelectual, a fim de aferir a proteção das peças comercializadas e produzidas pelas requerentes e sua similaridade com as peças da requerida.

O laudo pericial<sup>28</sup> concluiu que os produtos da requerente *Wacoal* não encontram proteção legal no direito autoral, por não se enquadrarem no conceito de “obra de arte”, mas poderiam ter sido objeto de proteção legal, com respaldo na Lei de Propriedade Industrial, na modalidade de registro Desenho Industrial, o que não ocorreu, de modo que passaram a integrar o domínio público. Sobre a semelhança de produtos, ficou constatada pela semelhança entre os produtos da lide, principalmente ao comparar peças de mesmo modelo e cores, mas, que existem uma gama variada de modelos de calcinhas, sutiãs e camisolas que variam em tipo, cores e modelo, de modo que a semelhança se acentua quando comparados produtos com mesmas cores e modelagens. No tocante ao elemento principal que personaliza as linhas (o desenho bordado), ambos são compostos por florais, mas possuem diferenças significativas entre si.

---

<sup>28</sup>AZEVEDO, Carlos Alberto Gomes. Perito Têxtil. Parecer judicial nos autos do processo nº 1043901-02.2017.8.26.0100. 12/06/2018.

A sentença julgou parcialmente procedente a ação<sup>29</sup> para determinar: (i) abstenção da requerida em comercializar os produtos objetos da demanda, (ii) promoção de destruição dos produtos objetos da demanda que incorporem elementos distintivos da linha das requeridas, e (iii) pagamento por danos materiais pelos ilícitos praticados. A decisão usou como fundamentação a necessidade de proteção do conjunto-imagem desenvolvido como fórmula distintiva em atividade empresarial, conhecido como “trade dress”, que envolve um conjunto de características como cores, modelos e disposições.

Dessa forma, a comparação feita a partir das fotografias ou imagens juntadas aos autos elucidam uma proximidade entre os produtos, causando possibilidade de confusão visual e desvio de venda. Assim, foi reconhecido o aproveitamento indevido de conjunto-imagem alheio, ao se considerar que os produtos competem no mesmo mercado e que os produtos da Requerentes foram criados antes aos da Ré, mas foi indeferido o pedido de condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

Inconformadas, as requeridas interpuseram o recurso de apelação pleiteando determinação de cumprimento imediato de todas as obrigações de fazer e ao pagamento de indenização por danos morais. A Requerida, por sua vez, interpôs recurso de Apelação requerendo a improcedência da ação, que tramitou sob o nº 1043901-02.2017.8.26.0100.

O acórdão<sup>30</sup> deu provimento ao recurso da Hope para julgar improcedente a ação, sob embasamento de que a semelhança nos produtos resultaria da própria tendência do mercado da moda íntima, não se tratando de ato de concorrência desleal. No mais, sustentou que não há demonstração de que a marca *Wacoal* esteja difundida perante o público consumidor brasileiro ao ponto de conduzir seus concorrentes à sua devida reprodução.

Interposto Recurso Especial pelas Requerentes, este foi admitido e o Superior Tribunal de Justiça conheceu em parte o recurso e negou provimento, sustentando que as Recorrentes não lograram êxito em demonstrar os fatos constitutivos de seus direitos, sob a seguinte ementa:

---

<sup>29</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 1043901-02.2017.8.26.0100, Juiz, Vitor Frederico Kumpel. São Paulo, 15 dez. 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14262228&cdForo=0>. Acesso em: 17 ago. 2021.

<sup>30</sup> TJSP; Apelação Cível 1043901-02.2017.8.26.0100; Relator (a): Araldo Telles; Órgão Julgador: 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro Central Cível - 27ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/12/2020; Data de Registro: 21/12/2020.

RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA DESLEAL. AÇÃO DE ABSTENÇÃO DE USO E INDENIZATÓRIA. PEÇAS DE VESTUÁRIO ÍNTIMO FEMININO. POSSIBILIDADE, EM TESE, DE INCIDÊNCIA DA LEI 9.610/98. DIREITO AUTORAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. ORIGINALIDADE NÃO CONSTATADA. CONCORRÊNCIA DESLEAL. VIOLAÇÃO DE TRADE DRESS. DISTINTIVIDADE. AUSÊNCIA. CONFUSÃO NO PÚBLICO CONSUMIDOR NÃO VERIFICADA. SÚMULA 211/STJ. SÚMULA 284/STF. SÚMULA 7/STJ.

1. Ação ajuizada em 11/5/2017. Recurso especial interposto em 11/3/2021. Autos conclusos ao gabinete da Relatora em 22/6/2021.

2. O propósito recursal consiste em definir se a recorrida deve se abster de comercializar peças de vestuário que se assemelham à linha de produtos fabricada pelas recorrentes, bem como se tal prática é causadora de danos indenizáveis.

3. São passíveis de proteção pela Lei 9.610/98 as criações que configurem exteriorização de determinada expressão intelectual, com ideia e forma concretizadas pelo autor de modo original.

4. O rol de obras intelectuais apresentado no art. 7º da Lei de Direitos Autorais é meramente exemplificativo.

5. O direito de autor não toma em consideração a destinação da obra para a outorga de tutela. Obras utilitárias são igualmente protegidas, desde que nelas se possa encontrar a exteriorização de uma “criação de espírito”. Doutrina.

6. Os arts. 95 e 96 da Lei 9.279/96 não foram objeto de deliberação pelo Tribunal de origem, de modo que é defeso o pronunciamento desta Corte Superior quanto a seus conteúdos normativos (Súmula 211/STJ). Ademais, as recorrentes sequer demonstraram de que modo teriam sido eles violados pelo acórdão recorrido, o que atrai a incidência da Súmula 284/STF.

7. A despeito da ausência de expressa previsão no ordenamento jurídico pátrio acerca da proteção ao trade dress, é inegável que o arcabouço legal brasileiro confere amparo ao conjunto-imagem, sobretudo porque sua imitação encontra óbice na repressão à concorrência desleal. Precedentes.

8. Para configuração da prática de atos de concorrência desleal derivados de imitação de trade dress, não basta que o

titular, simplesmente, comprove que utiliza determinado conjunto-imagem, sendo necessária a observância de alguns pressupostos para garantia da proteção jurídica (ausência de caráter meramente funcional; distintividade; confusão ou associação indevida, anterioridade de uso).

9. Hipótese concreta em que o Tribunal de origem, soberano no exame do conteúdo probatório, concluiu que (i) há diferenças significativas entre as peças de vestuário comparadas; (ii) o uso de elementos que constam da linha estilística das recorrentes revela tão somente uma tendência do segmento da moda íntima feminina; e (iii) não foi comprovada a prática de atos anticoncorrenciais que pudessem ensejar confusão no público consumidor.

10. Não sendo cabível o revolvimento do acervo fático e das provas produzidas nos autos em sede de recurso especial, a teor do entendimento consagrado na Súmula 7/STJ, é de rigor o desacolhimento da pretensão recursal.

RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO

A ministra Nancy Andrighi<sup>31</sup> destacou que as criações que configurem exteriorização de uma expressão intelectual são passíveis de proteção pela Lei 9.610/1998, de modo que o rol de obras intelectuais apresentado no artigo 7º da Lei de Direitos Autorais é meramente exemplificativo.

Dessa forma, sustentou<sup>32</sup> que mesmo sem previsão expressa no ordenamento jurídico pátrio sobre proteção ao *trade dress*, a legislação ampara o conjunto imagem e sua imitação caracteriza concorrência desleal. Porém, para a caracterização da concorrência legal, apenas a utilização do conjunto-imagem não é suficiente, sendo necessários pressupostos como ausência de caráter distintivo, confusão ou associação indevida.

---

<sup>31</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial nº 1.943.690-SP (2021/0177329-5). Recorrentes: Wacoal Americca Inc. e Loungerie S/A. Recorrida: Hope do Nordeste LTDA. Relatora: Min Nancy Andrighi, 19 de outubro de 2021.

<sup>32</sup> Ibidem.

#### **4. Diferenças entre Concorrência Desleal e Infração à Ordem Econômica**

Conforme já exposto, a ordem constitucional brasileira determina como princípio fundamental do sistema jurídico brasileiro o princípio da concorrência. Tem-se que este princípio é essencial para o desenvolvimento econômico, fazendo com que a disputa entre as empresas favoreça o aprimoramento da tecnologia, qualidade e custos dos produtos e serviços, oferecendo assim melhores condições ao consumidor.<sup>33</sup>

Contudo, é importante que sejam analisadas as diferenças existentes entre a concorrência desleal e as infrações à ordem econômica, considerando que as lesões geradas pela concorrência desleal não atingem outros interesses além dos empresários vitimizados pela prática. Em vista disso, a questão é disciplinada a partir de mecanismos de repressão civil e penal, e não administrativa, como aquelas que infringem o sistema econômico e que têm impactos sobre o ambiente concorrencial.<sup>34</sup>

A proteção da concorrência se dá através de normas de propriedade intelectual, por limitações à autonomia privada e pela sanção de práticas unilaterais. Para essa proteção, devem ser analisados dois aspectos da concorrência: o institucional e o individual. No primeiro, visa-se a proteção das estruturas de mercado, ao passo que o segundo diz respeito à atividade empresarial desenvolvida diretamente pelos competidores, relacionada à clientela e à propriedade industrial, e com respaldo no direito privado.<sup>35</sup>

Nesse sentido, a proteção institucional da concorrência regula-se pela Lei 12.529/2011, a Lei de Defesa da Concorrência, enquanto a proteção individual se dá pela Lei de Propriedade Industrial, a Lei 9.279/96 e o pelo artigo 186<sup>36</sup> do Código Civil.

Apesar do aspecto de proteção individual, a concorrência desleal deve ser combatida por toda sociedade, e não somente pelos que foram lesados pela prática. Ao mesmo tempo, contudo, é necessário garantir a existência da concorrência, para impedir a formação de posições dominantes, e depois disso preocupar-se com a lealdade. O objeto da

---

<sup>33</sup> SOUSA, op.cit.

<sup>34</sup> Ibidem.

<sup>35</sup> PEREIRA, M. A. M. Concorrência desleal por meio da publicidade. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

<sup>36</sup> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

concorrência é o bem-estar econômico, e a livre concorrência garante menores preços para os consumidores e também um estímulo à criatividade e à inovação.<sup>37</sup>

A concorrência desleal e a infração à Ordem Econômica são duas práticas concorrenciais ilícitas que são reprimidas no ordenamento jurídico brasileiro, mas que possuem diferenças essenciais. Enquanto a infração à Ordem Econômica pode ter milhares de interesses envolvidos, já que ameaça a estrutura do mercado, se dando, portanto, no plano macrojurídico, as lesões geradas pela concorrência desleal alcançam apenas o empresário vitimado pela prática irregular, não comprometendo as estruturas da livre concorrência, atingindo apenas o plano microjurídico.

Nesse sentido, a concorrência desleal e a concorrência praticada com abuso de poder econômico, que é uma infração à Ordem Econômica, distinguem-se em relação aos pressupostos para se caracterizarem, pelas formas de repressão e pelo tratamento legislativo. A concorrência desleal não gera lesões que alcançam de forma imediata outros interesses além dos referentes ao empresário envolvidos. Contudo, os interesses tutelados pela Ordem Econômica são mais abrangentes, visto que as normas de coibição a sua infração visam preservar o livre mercado, e por isso alcançam a coletividade.<sup>38</sup>

Outras diferenças entre os institutos estão na configuração da culpa e na relevância do meio empregado. Enquanto a concorrência desleal é sempre culposa, a infração à Ordem Econômica independe de culpa, sendo feita análise objetiva dos efeitos da conduta no mercado relevante<sup>39</sup>. Quanto à relevância do meio empregado, na infração contra a Ordem Econômica sua análise não é importante, devem se ter em conta os objetivos do titular do poder econômico, somados aos efeitos da prática concorrencial, dependendo assim dos efeitos da prática. Contudo, na concorrência desleal, o meio empregado é fundamental, não importando os objetivos e os efeitos da ação. Isso porque o que se analisa é se o meio é desonesto ou não.

---

<sup>37</sup> SOUSA, op. cit.

<sup>38</sup> TADDEI, M. G. O dumping e as normas internas de proteção à concorrência empresarial. Franca: FHDSS, 2001. 234 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, 2001.

<sup>39</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de Direito Comercial: de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v 1.

Ademais, cabe observar que no caso discutido, não há infração à ordem econômica passível de ensejar julgamento perante o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), por se tratar de uma acusação de infração puramente de cunho individual, que não impacta a ordem de terceiros externos à relação das partes e, portanto, não se tratando de uma infração à Ordem Econômica passiva de repressão administrativa, motivo pelo qual a situação é analisada a partir da Lei de Propriedade Industrial.

Assim, o papel do Estado é atuar em favor do bem-estar social, a partir de sua ação como agente normativo e regulador, e uma das maneiras para fazê-lo é a partir da garantia do equilíbrio da Ordem Econômica. No plano microjurídico, o Estado atua regulamentando as relações entre particulares, como no caso da concorrência desleal, o fazendo através de institutos do direito civil e do direito penal. Já no plano macrojurídico, se visa a proteção macroeconômica, a partir da tutela de interesses difusos como a livre concorrência, os direitos dos consumidores e a função social da propriedade.

Na situação fática em apreço, o desembargador que julgou o recurso de Apelação, Araldo Telles, sustenta que a inicial traz um equívoco ao sugerir que peças do vestuário e acessórios são passíveis de proteção por direito autoral, sem a necessidade de registro, de modo que não cabe a aplicação da Lei nº 9.610/98, porque "as criações no âmbito da indústria da moda não se enquadram em nenhuma das hipóteses previstas".

Ainda, "mais apropriada à proteção dos negócios da moda concepção, estampas, modelagem, acessórios etc, qual seja, a Lei de Propriedade Industrial". O art. 95<sup>40</sup> do dispositivo legal supramencionado elucida o que o desenho industrial seria uma forma ornamental de um objeto, de linhas ou cores que pode ser aplicado a um produto e resulte em uma estética nova e original, servindo como e tipo de fabricação industrial.

## 5. Conclusão

A importância do instituto da concorrência na manutenção do equilíbrio na esfera econômica é atrelada ao controle de atos e comportamentos de agentes econômicos do mercado. Assim sendo, a concorrência desleal interfere na esfera econômica de forma ampla ao se

---

<sup>40</sup> Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 15 maio 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9279.htm)>

atrelar à noção de abuso de direito, se pormenorizando em elementos subjetivos (dolo de causar prejuízo a outros agentes) e objetivos, no tocante aos meios utilizados pelos agentes.

Seu principal objetivo é a coibição de práticas e condutas deterioradoras do mercado, atuando como limitação e manutenção do princípio da livre concorrência. Nesse sentido, é essencial a análise da concorrência desleal em conjunto com o contexto fático, tendo em vista não possuir definição precisa e universalmente aceita. Dessa forma, o caso em análise precisa ser estudado com base nas condutas de cada parte e nas condições do mercado econômico brasileiro.

Dessa forma, por mais que as partes atuem no mesmo ramo mercadológico e que haja similaridade dos produtos comercializados, estes resultam da própria tendência do mercado e prescindem da confusão de clientela para configurar concorrência desleal. Isso, no entanto, não foi constatado no caso em tela, de modo que a utilização de produtos similares pela Hope se limitou ao uso de conjunto-imagem previamente divulgado pelas autoras da ação e que estava em consonância com a moda do momento.

## 6. Referências

AMORIM, Ana Clara Azevedo de. A Concorrência Desleal à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça: revisitando o tema dos interesses protegidos. *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos*, Montes Claros, Minas Gerais, Brasil, v. 2, n. 2, p. 65 - 108, jul./dez., 2017.

ASCARELLI, Tulio. *Teoria della Concorrenza e dei beni Immateriali*. 3a. Ed. Giuffrè, 1960.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O princípio da prestação: um novo fundamento para a concorrência desleal? *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 56, I – Lisboa, Janeiro 1996.

BARBOSA, Denis Borges. *A doutrina da concorrência*. 2002. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2835629/mod\\_resource/content/1/Denis%20Borges%20Barbosa.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2835629/mod_resource/content/1/Denis%20Borges%20Barbosa.pdf)

AZEVEDO, Carlos Alberto Gomes. Perito Têxtil. Parecer judicial nos autos do processo nº 1043901-02.2017.8.26.0100. 12/06/2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 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 21 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9279.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9279.htm)>. Acesso em 15 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9610.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm)>. Acesso em 15 jan. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). Recurso Especial nº 1.943.690-SP (2021/0177329-5). Recorrentes: Wacoal America Inc. e Loungerie S/A. Recorrida: Hope do Nordeste LTDA. Relatora: Min Nancy Andrichi, 19 de outubro de 2021.

CARVALHO, Nuno Tomaz Pires de. O sistema internacional de patentes e a nova ordem econômica internacional- considerações breves. Revista informativa legislativa. Brasília, v. 22, nº 88, out/dez. 1985, p. 170/171. Acesso em 27 jul. 2022, disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181651/000420292.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

CERQUEIRA, João da Gama. Tratado da Propriedade Industrial. 3ª ed. Atualizada por Newton Silveira e Denis Borges Barbosa. Ed. Lumen Júris. 2010. Vol. I. Parte I.

CHENEVARD, Charles. Traité de la concurrence déloyale en matière industrielle et commerciale. Paris: LGDJ, 1914.

COELHO, Fábio Ulhôa. Curso de Direito Comercial: de acordo com o novo Código Civil e alterações da LSA. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v 1.

COMPARATO, F. K. Concorrência Desleal. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 375, jan. 1967.

DIAS, Fernanda Mósca Tavares; MANZUETO, Cristiane dos Santos. Concorrência desleal, concorrência parasitária e aproveitamento parasitário. 2021. Disponível em: <https://diblasiparente.com.br/wp-content/uploads/2021/11/concorrenca-desleal-concorrenca-parasitario-e-aproveitamento-parasitario.pdf>, acessado em 27 jul. 2022.

FRÓES, Carlos Henrique de Carvalho. Evolução jurisprudencial da repressão da concorrência desleal. Anais do XXI Seminário Nacional da Propriedade Intelectual. Rio de Janeiro: ABPI, 2001.

Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, 15 maio 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9279.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9279.htm)>

MORO, Maitê Cecília Fabbri. Marcas tridimensionais: sua proteção e os aparentes conflitos com a proteção outorgada por outros institutos da propriedade intelectual. São Paulo: Editora Saraiva. 2009.

ROUBIER, Paul. Le Droit de la Propriété Industrielle. Sirey, 1950.

PEREIRA, M. A. M. Concorrência desleal por meio da publicidade. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº 1043901-02.2017.8.26.0100, Juiz, Vitor Frederico Kumpel. São Paulo, 15 dez. 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14262228&cdForo=0>. Acesso em: 17 ago. 2021.

SOUSA, Simone Letícia Severo e. Das práticas concorrenciais ilícitas: as diferenças entre concorrência desleal e infração à ordem econômica. Revista de Direito Brasileira. São Paulo, v. 14, n. 6, p. 215-230, maio/ago, 2016.

TADDEI, M. G. O dumping e as normas internas de proteção à concorrência empresarial. Franca: FHDSS, 2001. 234 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de História, Direito e Serviço Social da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, 2001.

TOMIYOSHI, Talisa Estefania Thomaz. Desenvolvimento através da concorrência e da inovação tecnológica. Revista de Direito da Concorrência, v. 24, n. 2, p. 1-20, 2011.

## 13. ANÁLISE SOBRE O PROTECIONISMO

### 13. ANALYSIS ON PROTECTIONISM

*Anna Carolina Pinho*

**Resumo:** É com uma abordagem crítica que estudamos a vocação econômica dentro das instituições internacionais e sua forma de regulação. É necessário uma reflexão jurídica para a elucidação de questões que afetam a própria estrutura do sistema jurídico e, em consequência, colocam em pauta as possibilidades de um novo ordenamento. A evolução da comunidade internacional e o desenvolvimento das relações internacionais foram acompanhados pela transformação estrutural da comunidade mundial, em consequência do aparecimento de novos tipos de protagonistas internacionais e da multiplicação dos atores que participam no diálogo internacional. Pretende-se desenvolver um estudo mais restritivo às questões atuais inerentes ao protecionismo em confronto com o Direito Concorrencial. Penaliza-se o protecionismo como o mal maior para o desenvolvimento do comércio internacional, porém, questionaremos se o liberalismo é realmente tão benéfico e eficaz para esse desenvolvimento. Esta será a questão a ser abordada com profundidade no desenvolvimento das pesquisas. A estrutura da comunidade internacional, o desenvolvimento das relações internacionais e os processos de decisão que produzem fatos e acontecimentos de relevância têm sido interpretados e explicados de modo diferente pelos estudiosos.

**Palavras-chave:** Direito internacional. Protecionismo. Comércio. Dumping. Regulação do Comércio Internacional.

**Abstract:** It is with a critical approach that we study the economic vocation within international institutions and their form of regulation. There is also a need for legal reflection to shed light on issues that affect the very structure of the legal system and, consequently, raise the possibility of a new legal order. The evolution of the international community and the development of international relations have been accompanied by the structural transformation of the world community as a result of the emergence of new types of international actors and of the multiplicity of actors participating in international dialogue. It is intended to develop a more restrictive study on the current issues of protectionism

as it relates to the Competition Law. Protectionism is penalized as the greatest evil for the development of international trade, but we will question whether liberalism is really so beneficial and effective for such development. This issue will be approached in depth in developing the research. The structure of the international community, the development of international relations and decision processes that produce relevant facts and events have been interpreted and explained differently by the researchers.

**Keywords:** International Law. Protectionism. Trade. Dumping. International Trade Regulation.

## **1. A indeterminação do interesse público e protecionismo**

Com a criação do GATT foi possível prosperar aproximadamente 25 anos na liberalização comercial. A ordem econômica internacional liberal, influenciada pelo sistema *Bretton Woods* e a adesão às regras impostas pelo Fundo Monetário Internacional geraram suficiente equilíbrio macroeconômico possibilitando a aplicação de um sistema comercial liberal, multilateral e não discriminatório, possibilitando às partes contratantes vantagem competitiva. Tais mudanças repercutiram em substancial crescimento da economia durante os anos 1970, pois a partir desse momento, já na década de 1980, vislumbramos o crescimento da criação de barreiras não tarifárias compensando-se assim, a liberalização do comércio simultaneamente à renda.<sup>1</sup>

No comércio internacional, embora se possa falar em conflito de interesses há espaço para formação de um único interesse público, que representa os olhos do Estado sobre o que é mais relevante e satisfatório naquele momento.

É necessário alterar leis, reorientar aspirações e coordenar políticas. É imperativo que se quebre o ciclo de aumento do comércio internacional o qual ameaça o ambiente, a justiça social e o emprego sustentável. Mas então por qual razão ainda não abarcamos essa estratégia? Dentre as razões que podemos aqui citar, elencamos como principais os direitos adquiridos, uma visão limitada da economia (que externaliza os custos ambientais e humanos, por exemplo) e também há de considerar a escassez de um pensamento radical acerca de visões alternativas para o comércio. São algumas dessas questões que parecem

---

<sup>1</sup> BHAGWATI, Jagdish. Protectionism. Massachusetts: The MIT Press, 1998, p. 15.

assombrar a economia atual. É importante e vale frisar mais uma vez, não haver confusão entre comércio livre e comércio justo. Desde a revogação das *Corn Laws* na década de 1840, houve uma plethora de posições sutilmente diferentes, que se dividiam essencialmente entre os que desejavam encorajar a produção interna e os que afirmavam que era mais vantajoso produzir a nível mundial.

Shaw<sup>2</sup> descrevia-se como um protecionista convicto. Influenciado por pensadores como William Morris, defendia uma linha ferozmente anti-imperialista. Ele foi, como nós, contra o comércio livre enquanto desculpa para o trabalho forçado, tanto interna como externamente, e considerava a interferência estatal necessária para o bom funcionamento e controle de normas e das relações comerciais. No entanto, defendia que a ação do Estado devia guiar e auxiliar os nossos exportadores no exterior, propondo no seu *Tratado Fabiano - Fabianism and the Empire* que os carregamentos fossem livres para o comércio dentro do Império. Em termos modernos, significa que os custos de transporte eram externalizados, sendo pagos dos bolsos da população - não muito diferente do *dumping* de exportações em vigor atualmente, subsidiado pelos Estados Unidos da América e pela União Europeia.

Desde os anos 1970, surgiram abordagens alternativas ao comércio, baseadas numa rejeição do velho paradigma do comércio livre contra o protecionismo. Muito comum, era a abordagem de que o comércio alternativo operava dentro e ao mesmo tempo, contra o mercado, operando no interior dos seus sistemas, mas opondo-se aos seus efeitos usuais.<sup>3</sup> Na Europa, tem havido um movimento ativo do comércio justo, transportando mercadorias de países em vias de desenvolvimento para os mercados europeus há mais de 25 anos. O setor ainda esta em franca expansão, com o objetivo principal de ajudar os produtores, convencionalmente espoliados pelo sistema comercial, a receber mais pelos seus produtos e trabalho. Esse objetivo é alcançado acrescentando valor na fonte em vez de vender simplesmente as *Alternatives Trading Organizations* (ATO) estão a ajudar a formar negócios multilaterais complexos para uma série de países do Norte e do Sul que têm bens para vender e necessidade de outros para comprar, mas que nem sempre, combinam bilateralmente. Esses esforços de comércio alternativo têm sido sustentados pelos grupos de apoio ao Terceiro Mundo;

---

<sup>2</sup> HOLDROYD, M.; SHAW, Bernard. *The Pursuit of Power 1898-1918*. Penguin: Harmondsworth, 1991. v. 2.p.121-126.

<sup>3</sup> BARRATT BROWN, M. *Fair Trade*, Zed Books, Londres, 1993.

[...] Pagar um preço que reflete os custos da produção e da qualidade de produto além de uma margem razoável para as incertezas em relação à produção, investimento e desenvolvimento. Estão a reunir-se provas de que quando os produtores são trabalhadores por conta própria, por exemplo os pequenos proprietários, a organização que os representa opera claramente para seu benefício. A relação comercial também envolve assegurar que o crédito financeiro está disponível e que se mantém a qualidade, a continuidade e o apoio mútuo.<sup>4</sup>

Conforme as premissas adotadas pelo novo protecionismo, o ideal seria que ambos os mercados satisfizessem suas necessidades localmente. O *lobby* do desenvolvimento defende que se deveria acabar com o protecionismo do Norte de forma a aumentar o acesso do Sul aos mercados. Na prática, o próprio Sul necessita do protecionismo, para lhe proporcionar tempo suficiente para se desenvolver e também para alterar as enormes desigualdades das condições comerciais. Contudo, muitos dos tratados convencionais de acesso preferencial, como é o caso do Acordo de Cotonou, antiga Convenção de Lomé<sup>5</sup>, beneficiam mais os grandes comerciantes do que os pequenos.

## **2. O interesse protecionista no comércio internacional**

Um país pode decidir proteger um determinado setor por várias razões. Essa proteção pode se dar de várias formas, como pela imposição de quotas para importação, licenças, ou de medidas *antidumping*. Para que se possa entender adequadamente o protecionismo no comércio internacional, um breve resgate histórico é necessário.

Na Conferência de *Bretton Woods*, em 1944, foram traçadas as linhas dos três pilares na nova ordem econômica internacional, segundo a qual o liberalismo, entendido sobre três aspectos, era essencial. O primeiro pilar a ser construído era o Fundo Monetário Internacional, capaz de promover o equilíbrio macroeconômico da nova ordem. O segundo pilar, o Banco Mundial, tinha como principais desafios

---

<sup>4</sup> JETTER, M. Fair Trading Initiatives, Briefing para a European Ecological Consumers, Co-ordination, Maio de 1992, p. 3-4; BARRATT BROWN, M. Fair Trade, Zed Books, Londres, 1993. p. 193-195.

<sup>5</sup> SISSOKO, M. et al., 1998. Impacts of the Yaounde and Lome Conventions on EC-ACP Trade. The African Economic Business Review & v. 1, n. 1, spring.

conseguir recursos para as nações em desenvolvimento, para que pudessem se tornar parte do contexto liberal. Por fim, restou o comércio internacional como terceiro pilar, com a expectativa de que o aumento das trocas entre as nações seria a solução para evitar conflitos entre elas.

O protecionismo que interessa aqui começou no momento em que os países passaram a negociar essas concessões. Bhagwait defende que as nações dominantes perseguem acesso aos mercados mundiais enxergando nas políticas de comércio, a serem adotadas multilateralmente, o seu próprio interesse nacional. Contudo, o crescimento do comércio revelou o seu instinto que é a conquista dos mercados de outros países. A reação era prevista: pensões protecionistas aumentaram significativamente. O autor se apoia na doutrina darwiniana para defender que o comércio é a ideia e a preferência de um país quando ele está forte, quando há uma crença firme de que um país vai sobreviver ao combate contra outros países. Assim, os surtos de apoio e repulsa ao desenvolvimento do comércio (e consequentemente o protecionismo) alternam-se em tempos de força e fraqueza do próprio país.

O aumento do comércio entre os países foi substancial nos primeiros anos de negociação, gerando maior riqueza, arrecadação e bem-estar. O bem-estar, arrecadação e riqueza motivaram, por sua vez, mais cortes tarifários, formando um círculo de prosperidade observado nos anos 1950 e 1960,

A worsening of the terms of trade reduces income (welfare) for a country by reducing trade and the associated gains from trade. The worst outcome for aggregate welfare would be a return to autarky and a complete elimination of trade. The United States has experienced rapid growth in trade with Mexico as a result of NAFTA, which is another way that the theoretical model of aggregate losses due to the deterioration of the terms of trade does not fit with the U.S. experience... However, some developing countries' exports are heavily concentrated in mineral and agricultural sectors. The prices of those goods on world markets are very volatile, leading to large swings in the terms of trade. These swings in turn translate into substantial changes in welfare (because trade is concentrated in a small number of sectors and represents a substantial percentage of GDP).<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> KRUGMAN, P. OBSTFELD Maurice; MELITZ Marc J. International Economics: Theory & Policy, 11th Edition. London: Pearson Education 2018, p. 166.

Em 1970, o surto positivo foi severamente golpeado pelo surgimento das barreiras não tarifárias ao comércio, a proteção administrativa, já que tais barreiras não necessitam de um longo processo legislativo para aplicação e podem encobrir mais facilmente a ação de grupos de interesse. Observou-se uma diminuição moderada na expansão do comércio entre 1973 e 1983.

Mesmo com a difusão dos mecanismos de proteção, grande crescimento do comércio foi observado. A explicação de Baldwin<sup>7</sup> para esse cenário é que a proteção sugere que os exportadores sempre encontrarão uma forma de continuar aumentando seus ganhos em exportação, seja exportando os componentes em vez do produto pronto, seja encontrando substitutos para a demanda dos importadores.

Em 1970, outro fator elevou a preocupação das nações: a entrada no comércio mundial de países como Japão e os tigres asiáticos (já assim chamados, Singapura, Hong Kong, Coreia do Sul e Taiwan). Tal fato causou um efeito psicológico relevante, sobretudo nos Estados Unidos da América, onde propagandas protecionistas passaram a incomodar os norte-americanos com a ideia de que seus filhos trabalhariam, no futuro, em fábricas de japoneses. Criou-se a falsa ideia de que o sucesso dos japoneses seria explicado pela prática do comércio desleal. Essa preocupação acelerou a ação das estruturas de pressão, dos grupos de *lobby*, que passaram a atuar diretamente perante as instituições na busca de socorro.

Lafay<sup>8</sup> enumera dois tipos de proteção. A primeira é a proteção ofensiva que tem como escopo obter vantagens comparativas e melhorar sensivelmente a competitividade de um setor determinado. Ela atua para sanar uma deficiência temporária da indústria doméstica. É justificada para proteger indústrias nascentes, por exemplo, em países em desenvolvimento. Esse tipo de protecionismo deve decrescer com o tempo. Ele deve fixar os objetivos concretos e realistas ao país. O segundo tipo é o protecionismo defensivo, que age para defender uma posição ameaçada. É menos ambicioso do que o protecionismo ofensivo, mas é mais perigoso porque pode facilmente se generalizar, atingindo diversos setores sem explicação lógica.

---

<sup>7</sup> BALDWIN, Robert. Inefficacy of Protection in Promoting Social Goals. *World Economy*, v. 8, 1985, p.110.

<sup>8</sup> LAFAY, Gérard. *Peut-on se protéger de la crise? Le protectionisme*. Paris: Economica, 1985, p. 148-149.

Corden<sup>9</sup> cita duas importantes razões para que um país decida proteger: a defesa do emprego, o que ele chama de *pauper labor*; e a lealdade.

A primeira razão nasce da incompleta noção de que a proteção preserva empregos. Em primeiro lugar, a proteção pode beneficiar um setor, mas provocar efeitos adversos em outros: a proteção à indústria do aço, nos Estados Unidos da América, causou o desemprego na indústria automobilística norte-americana. Em segundo lugar, nem sempre o desemprego é causado pelo dano gerado pelo *dumping*: a remuneração dos empregados (fruto da proteção pode beneficiar um setor, mas provocar efeitos adversos em outros: a proteção à indústria do aço, nos Estados Unidos da América, causou o desemprego na indústria automobilística norte-americana. Em segundo lugar, nem sempre o desemprego é causado pelo dano gerado pelo *dumping*: a remuneração dos empregados (fruto da proteção aos direitos sociais) pode ser tão alta que leva ao desemprego, por exemplo

Sob o argumento chamado *pauper labor*, alguns países protegem sua indústria contra mercadorias originárias de países em que a remuneração é baixa ou não há respeito aos direitos sociais, com o intuito de boicotar tais importações e, assim, provocar a reflexão de países exportadores. Com base nesta teoria, algumas uniões de trabalhadores norte-americanos pediram ao governo que impusesse barreiras à importação de mercadorias de Hong Kong. Contudo, a queda das importações pelos Estados Unidos da América fez com que os produtores de Hong Kong baixassem ainda mais seus preços, ou investissem em outros mercados, demitindo um grande número de empregados, sem qualquer consequência positiva para os empregados de Hong Kong.

Por fim, alguns países defendem que, se os exportadores conseguem vender em terceiros mercados por um preço muito baixo, seja por meio de corte nos custos ou pagamento de salário menores aos seus empregados, esta prática desleal autoriza qualquer ação protecionista.

O problema do protecionismo está na avaliação dos seus efeitos pelos governos. Para Long, o escopo da liberalização do comércio internacional depende da capacidade dos governos nacionais de se informar e prever, antecipadamente, os futuros efeitos das suas decisões sobre a proteção. Em momentos de crise, essa previsão não é tão fácil, e,

---

<sup>9</sup> CORDEN, W. The Revival of Protectionism. Occasional Papers. Nova Iorque: Group of Thirty. 1984, p. 17-19.

por isso, deve ser feita antes mesmo que ela seja realmente necessária. Em segundo lugar, as políticas nacionais para promover setores domésticos e, com isso, mudanças no ambiente econômico não podem ser postas em prática sem a concordância da comunidade.

### **3. O protecionismo no antidumping**

A entrada de países em desenvolvimento no círculo do comércio internacional nos anos 1970 causou um violento surto protecionista. A principal manifestação foi o aumento do número de investigações *antidumping*. Como nunca houve comissão às petições desarrazoadas, as medidas de defesa comercial passaram a ser meios rápidos e interessantes de protecionismo.

As orientações de uma política de comércio devem levar em conta estes interesses contraditórios sobre a proteção. A proteção não é único objeto da política comercial, reflexão feita pelos Estados Unidos da América, onde se discute uma reorientação do reflexo protecionista em direção a uma política voluntarista de abertura dos mercados, buscando catapultar a indústria norte-americana em direção ao círculo vicioso do crescimento pelas exportações. Esta orientação consiste em satisfazer os interesses de grupos favoráveis às trocas. O método utilizado é agora mercantilista, pois as autoridades comerciais buscam promover as exportações de seus produtores nacionais e não somente uma troca livre de exportações e importações.<sup>10</sup>

Os defensores do comércio livre defendem muitas vezes a necessidade de desregulamentação para abrandar o Estado superprotetor. Com tal afirmativa, verificamos que a burocracia suprime a inovação, caracterizando-se por antidemocrática e contrária aos interesses dos contribuintes.

Defendem que a liberdade floresce quando as burocracias são minimizadas, o que é uma linha de pensamento atrativa, mas que está frequentemente equivocada. Os defensores do comércio livre, longe de serem antiburocráticos, limitam-se a reorganizar as burocracias: fazem com que o Estado e o mecanismo estatal internacional trabalhem diretamente para os interesses das empresas, fornecendo-lhes contratos, ou indiretamente, eliminando a responsabilidade democrática e a

---

<sup>10</sup> JAVELOT, Sylvie. *La Loyauté dans le Commerce International*, Economica, Paris 1998, p. 145.

probabilidade de questões embaraçosas por parte do pessoal local e eleito. O GATT constitui um relevante exemplo desse processo.

Para os partidários do comércio livre, as regulamentações são apenas outra designação protecionista. O comércio sem regulamentações traz sempre o perigo de que a normalização da proteção ambiental e da saúde se torne o mínimo denominador comum de um bloco comercial. A desregulamentação encoraja a concorrência e a procura de salários mais baixos e normas mais brandas.

#### 4. Os críticos do comércio livre

Ao longo dos anos, as críticas ao comércio livre têm partido de um leque variado de opiniões e experiências. Keynes, ao longo de sua carreira, defende duas opiniões, não necessariamente similares; do comércio livre para o protecionismo, depois para o multilateralismo, culminando no acordo de *Bretton Woods*. Nos primórdios dos anos 1920, considerou originalmente o comércio livre como não sendo apenas uma doutrina econômica que uma pessoa sensata e instruída não deveria pôr em dúvida, mas quase como parte de uma lei moral,

Concordo portanto com aqueles que minimizariam e não com os que maximizariam o envolvimento econômico entre nações. As ideias, o conhecimento, a arte, a hospitalidade, as viagens, são coisas cuja natureza deve ser de âmbito internacional. Mas deixai os bens serem produzidos no nosso país sempre que for razoável e conveniente; e acima de tudo, deixai as finanças serem essencialmente nacionais<sup>11</sup>.

Mais tarde, percebeu todas as implicações e deficiências do comércio livre, ao defender a autossuficiência para o mercado nacional,

Agora não parece óbvio que uma grande concentração de esforço nacional para conquistar o comércio externo, que a introdução dos recursos e influências dos capitalistas estrangeiros na estrutura econômica em relação às políticas econômicas oscilantes do estrangeiro sejam salvaguardadas e

---

<sup>11</sup> KEYNES, J. M. National Self-Sufficiency. In: Moggeridge, D. (ed.). The Collected Writings of John Maynard Keynes, Macmillan and Cambridge University Press, Londres, v. 1, apud Daly, H. E Cobb, J. For the Common Goos, Green Print, Londres, 1990, p. 209.

garantias da paz internacional. É mais fácil argumentar o contrário à luz da experiência e da previdência [...]. Provavelmente, será mais fácil empreender as políticas internas aconselháveis se, por exemplo, o fenômeno conhecido por fuga de capitais for evitado. O divórcio entre o direito de propriedade e a responsabilidade real de administração num país é grave quando, como resultado de uma sociedade anônima, o direito de propriedade é disperso por inúmeros indivíduos que hoje compram a sua parte e a vendem amanhã sem quaisquer conhecimentos e responsabilidade acerca daquilo que momentaneamente possuíram. Mas quando se aplica este mesmo princípio a nível internacional torna-se, em épocas de crise, intolerável – eu sou irresponsável para com o que possuo e os que manejam aquilo que possuo são irresponsáveis para comigo. [...] em dúvida acerca do fato de os custos econômicos da autossuficiência serem suficientemente elevados para contrabalançar as outras vantagens da aproximação gradual do produtor e do consumidor no âmbito da mesma organização nacional, econômica e financeira<sup>12</sup>.

Outro crítico do comércio livre pertencente à última grande era de debate acerca dessa questão foi aquele extraordinário defensor da soberania nacional, Mahatma Gandhi, que defendia uma perspectiva de desconfiança acerca das realidades do comércio livre para as nações mais fracas há mais de 50 anos,

O comércio livre para um país que se industrializou, cuja população pode viver e vive em cidades, cujos indivíduos não têm escrúpulos em pilhar as outras nações, e, como consequência, manter a maior das marinhas para proteger o seu comércio antinatural, pode ser economicamente saudável (embora eu, como o leitor já deve ter se apercebido, questione a sua moralidade). O comércio livre na Índia provou ser a sua condenação e manteve-a na escravidão<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> KEYNES, J. M. National Self-Sufficiency. In: Moggeridge, D. (ed.). The Collected Writings of John Maynard Keynes, Macmillan and Cambridge University Press, Londres, v. 1, apud Daly, H. E Cobb, J. For the Common Good, Green Print, Londres, 1990, p. 216.

<sup>13</sup> GANDHI, M.K., apud Goldsmith, E. The Way. Londres: Rider, 1992, p. 323.

Para os críticos do comércio livre da geração de Keynes ou de Gandhi, o travão que pararia com os piores excessos do comércio teria de ser nacional. Hoje, a teoria do comércio livre tomou proporções quase míticas. Jeremy Seabrook, um autor que se debruça sobre questões sociais e que se interessa especialmente pela Índia, denominou-a Fundamentalismo Monetário Internacional.

Supostamente, o comércio livre é sinónimo de liberdade de escolha. Toda pessoa gosta de pensar que escolhe. Na prática, todos escolhem dentro de limites estabelecidos pelo rendimento<sup>14</sup>. Com isso, sugeriremos que o sistema de comércio livre acarreta uma distinção importante e subestimada entre consumidores e cidadãos. Não estamos a defender um mundo mítico do passado em que ninguém consuma: é inevitável que os seres humanos consumam, porém o que está aqui em causa é a espécie de consumo, qual a sua extensão, qual o impacto sobre o ambiente e a igualdade social, qual a quantidade de produtos que consomem, qual a sua durabilidade e quais os efeitos que aqueles que tomam decisões têm sobre os processos de fabrico dos produtos. Exatamente no momento que a sociedade conquista o potencial para emancipar-se dos abusos dos grandes grupos comerciais, é rebaixada a meros consumidores, desde que reúnam condições económicas para isso.

O novo protecionismo poderia começar a resolver os problemas do comércio livre, mas começamos com um movimento corrente que se situa algures entre os dois - o movimento de comércio alternativo, o qual oferece um filão valioso de pensamento e experiência sobre os aspectos práticos de comercializar contra os interesses dos poderosos.

Os superblocos fomentam um mercado interno mais eficiente, mas conservam alguns dos aspectos do antigo protecionismo, de forma a tornar as suas empresas gigantescas ainda mais eficazes no mercado global. Para o partidário do comércio livre puro, esta política assemelha-se bastante ao protecionismo oculto. E assim é na realidade. No final dos anos 1970 e 1980 - o período da suposta liberalização das trocas comerciais - desenvolveu-se este tipo de protecionismo através do aumento de barreiras não tarifárias, restrições voluntárias de exportações e disposições disciplinares da comercialização.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> DAVIDSON, M. *The Consumerist Manifesto: Advertising in postmodern times*. Londres: Routledge, 1992, p. 39.

<sup>15</sup> HOPINSON, N. *Completing the GATT Uruguay Round: Renewed Multilateralism a World of Regional Trading Blocs*, Wilton Park paper 61, HMSO, Londres, ago. 1992, p.1.

Chinese solar panels: Although voluntary export restraints are no longer allowed under WTO rules, this only applies to an agreement negotiated by governments and imposed onto exporters. Recently, a European Union-China trade dispute over a surge in Chinese exports of solar panels was resolved by the Chinese producers ‘agreeing’ to limit their exports to EU countries below 7 gigawatts-worth of solar panels per year – along with a minimum price floor for those units. EU solar panel makers were disappointed, as this agreement forestalled the imposition of 47 percent antidumping duties on all Chinese solar panel imports (the threat that generated those concessions by Chinese solar panel producers). However, the imposition of the antidumping duties would have triggered a significant retaliation from China, whose officials had already drawn up a list of European products – including luxury fashion goods and wines – that would be subjected to stiff import duties into China. Chinese producers were persuaded to agree to the export limit and price floor instead, since this would allow them to keep the higher prices charged in the European Union. The main losers are European consumers, who will pay substantially more for solar power (and the environment)<sup>16</sup>

Quando se retiram os atalhos da teoria do comércio livre, a realidade apresenta-se ao desenvolvimento de abrigos seguros econômicos. A maioria dos defensores puristas concordaria com esta opinião e esperaria que o GATT implantasse, de uma só vez, um acordo de grande amplitude que reduzisse obstáculos às trocas para uma vasta extensão de comércio. Nós acreditamos que tal seria minimamente insensato. Mas nem todos os defensores do comércio livre querem avançar tão depressa pois há quem receie que uma precipitação possa ter efeitos diversos dos esperados<sup>17</sup>.

Aparentemente, o comércio livre regional é tentador. Os blocos comerciais regionais prometem maior controle local e a grande vantagem

---

<sup>16</sup> KRUGMAN, P. OBSTFELD Maurice; MELITZ Marc J. *International Economics: Theory & Policy*, 11th Edition. London: Pearson Education, 2018, p. 264.

<sup>17</sup> DORNBUSCH, R. *Economic Focus*, *The Economist*, 4 de maio de 1991, p. 91) e WOLF, M., *The GATT Makes its Last Stand*, *Financial Times*, 20 jan. 1992.

social de terem dimensões tais que lhes permitam suprimir o nacionalismo avaro. De igual forma, tem potencial para a diversidade. No entanto, os puristas do comércio livre têm razão: os blocos regionais prejudicam realmente a supressão das barreiras ao comércio. É precisamente por essa razão que são tão interessantes para nós, que partimos da perspectiva do protecionismo. Talvez estivéssemos na direção certa se déssemos importância a esses blocos comerciais regionais. Contudo, da forma como estão sendo preparados, existe o perigo de agravarem ainda mais as ameaças ao ambiente, de atribuírem um relevo desmesurado aos interesses das grandes empresas e de não conseguirem resolver a desigualdade internamente, quanto mais internacional.

Se os nossos receios se concretizarem, os superblocos irão apenas agravar tendências já problemáticas e permitir que as atuais empresas mais poderosas mundialmente adquiram ainda mais poder. Só por essa razão, adotamos uma atitude de cautela face ao excessivo entusiasmo quanto ao mercado único europeu. Tal como as companhias transnacionais, estamos de olhos postos no GATT. Para as companhias transnacionais, o GATT constituiu uma oportunidade para continuar a expansão a nível global enquanto conserva as bases regionais internas, e, para nós, constitui mais um passo na direção política errada.

## **5. O “nosso” protecionismo**

Já vimos como o comércio livre pode discriminar e agredir o ambiente; como a economia de muitos países está sendo destruída pelo desemprego estrutural, pela dívida e pela desregulamentação; como a equidade através do mundo - dentro e fora das sociedades - esta diminuindo. No entanto, também vimos como o comércio alternativo está começando a resolver algumas das questões, embora as probabilidades de o conseguir sejam assustadoramente pequenas. A mudança necessária não pode ficar sob os caprichos dos consumidores mais abastados, como afirmou Frances Cairncross (1991). O comércio tem que ter uma estrutura sobre a qual trabalhar. Contudo, o que muitas e, principalmente grandes, empresas favorecem pela sua desregulamentação não satisfaz esses nossos critérios mais amplos.

Uma abordagem sensata ao comércio protegeria os cidadãos e o ambiente, de forma que o objetivo do protecionismo<sup>18</sup> seja reorientar a economia mundial para que seja possível: (i) fazer das regiões (dentro e fora dos países incluindo grandes grupos e blocos econômicos) o centro da atividade econômica. O que se pretende aqui é efetivar regiões e não um globo comercial; (ii) reduzir o comércio global insustentável e desnecessário; (iii) aumentar a autonomia local e regional, tanto quanto possível; (iv) fazer da proteção do ambiente uma prioridade; (v) tornar o melhoramento dos processos de produção e a minimização dos seus efeitos nefastos tão importantes como melhorar os próprios produtos e ajustar os processos, controles e produtos de forma a satisfazer os critérios do ambiente, da economia e da equidade; (vi) compreender as relações entre produção e consumo; (vii) maximizar a diversidade local e regional, da cultura à flora e fauna; (viii) reduzir as desigualdades tanto entre como dentro das economias; (ix) melhorar a democracia local e o controle sobre a tomada de decisões econômicas, principalmente sobre as companhias transnacionais e os organismos mundiais; (x) proporcionar a todas as pessoas a possibilidade de satisfazerem as suas necessidades básicas de alimentação, água e ar, habitação, saúde e emprego; (xi) auxiliar mecanismos sociais, quer através da comunidade, quer através do Estado, que proporcionem um maior bem-estar e um ritmo de vida mais sensato e equilibrado; (xi) tornar mais rigorosas as normalizações e ajudar os que atualmente não as cumprem a fazê-lo.

O nosso principal objetivo é argumentar a favor da rejeição da perspectiva atual do comércio internacional e defender uma abordagem mais local e regional à atividade econômica. O debate sobre o fracasso das políticas correntes, baseado na corrente sempre mais rápida da concorrência internacional, já começou, mas o debate sobre as soluções ainda tem muito para recuperar. Os partidários do comércio livre também não estão a pisar em terra firme: a sua experiência com o futuro do mundo é, nalguns aspectos, um engano de confiança de fazer perder o fôlego. Tendo-nos apercebido disto, outros princípios e objetivos orientadores se tornam urgentemente necessários para atividades econômicas. Se o atual desenvolvimento global significa que o poder cabe aos poderosos, estamos igualmente conscientes de quão egocêntricas e opressivas podem ser também as sociedades locais. O que

---

<sup>18</sup> IRWIN, Douglas A. *Against the Tide: An Intellectual History of Free Trade*. Princeton University Press; Reprint edition, 1998, p. 88-90.

é necessário aos olhos deste estudo é uma nova abordagem daquilo que podemos designar por autodependência.

Nos anos 1980, fizeram-se vários apelos de alto nível para socorrer de emergência o Sul, mas no final da década os cínicos falavam da “fadiga do doador” à medida que a recessão parecia diminuir o altruísmo. Se a mensagem dos anos 1980 era “Ajuda”, a dos anos 1990 parece ser “comércio, e não Ajuda”. Diríamos que o ideal para o século XXI deveria ser “Ajuda e Comércio” apenas para a autodependência.

A autodependência deveria ser um objetivo das localidades no interior dos países (nos casos em que se aplica) e regiões de países, permitindo-lhes satisfazer o número máximo possível de necessidades e serviços do interior das suas fronteiras. Se as economias se esforçassem por ser eurodependentes, seriam muito menos dependentes do comércio internacional e da sua implacável concorrência para o crescimento. O desafio consiste em reorientar as economias no sentido oposto ao da exportação; a produção e o emprego deveriam realmente ser criados para fazer face às necessidades locais. Por vezes, a atividade econômica orientada para o comércio é vergonhosamente destrutiva e exploradora, como é o caso da comercialização de armas ou de algumas produções de tapetes asiáticos, em que os consumidores, ao comprarem um produto luxuoso, não estão conscientes das condições miseráveis do trabalho infantil e dos salários de escravatura.<sup>19</sup> Noutras ocasiões, não se trata apenas do trabalho, mas de recursos ecologicamente sensíveis que são distorcidos ou danificados em prol do comércio externo.

Em Querala, na Índia, por exemplo, as comunidades piscatórias estão sob pressão para venderem o peixe que comeram anteriormente. Na prática, isto traduz-se numa escolha bem clara: exportar ou comer. As suas águas apresentam um excesso de atividade piscatória como

resultado de um combinado de fatores: barcos de arrasto modernos, subsídios, abandono dos métodos tradicionais e um aumento em número da comunidade piscatória. O espaço comum tem sido prejudicado pelo encorajamento dado aos pescadores para aumentarem a produção<sup>20</sup>.

Na nossa visão do futuro, ainda existe comércio, mas a questão passa a ser que tipo de comércio, quão distante e para que.

---

<sup>19</sup> WAGSTYL, S. The child victims of India's slave trade, Financial Times, 19 dez. 1992.

<sup>20</sup> KURIEN, J. Ruining the Commons: Coastal Overfishing and Fishworkers' Actions in South India, The Ecologist, v. 23, n. 9 1, jan.-fev. 1993, p. 5-11).

Além disso, também desejamos que novas regras para o comércio internacional encorajem estes melhoramentos ambientais, visto que serão estabelecidas para ajudar a assegurar uma das pedras angulares do protecionismo, o encorajamento da atividade econômica que proteja o ambiente. Atualmente, as regras do comércio internacional e as dos blocos de comércio a nível regional encorajam a degradação do ambiente através da maximização do comércio, e entram seriamente as medidas nacionais, regionais e internacionais para a proteção do ambiente, designando-as por barreiras ao comércio. A sua ênfase principal é posta na desregulamentação do comércio, como um princípio; a nossa é assegurar que o comércio não origine poluição, normas mais brandas e maior desigualdade. Alguns acordos comerciais contêm cláusulas importantes sobre a necessidade de proteger o ambiente - o artigo 100a do Ato Único Europeu, por exemplo, assegura que a Comissão deve adotar um elevado índice de proteção da saúde pública, ambiental e dos consumidores. Contudo, os artigos 73 e 74 do tratado fundador da EEA dedicam apenas 11 linhas das suas 784 páginas à proteção do ambiente.

Os sucessos deste novo sistema econômico têm de ser medidos por algo mais relevante que o PNB e o PIB. Este sistema antiquado de medir a atividade econômica na sua totalidade nunca foi concebido para se referir ao bem-estar - é imperfeito, conducente ao erro e totalmente inadequado.<sup>21</sup> Indicadores como a mortalidade infantil, a esperança de vida, a diferença entre os quintos da população mais rica e os mais pobres numa sociedade, a instrução, a segurança do emprego, a poluição do ar, a perda de solos, a destruição da camada de ozônio e a produção de gás do efeito estufa dizem-nos muito mais acerca de uma sociedade. A taxa de aumento ou diminuição da diferença entre ricos e pobres, menos desperdício de matérias-primas e uma redução da poluição e dos lixos também se pode demonstrar com relativa facilidade. Para que a autodependência assumo o comando, é necessário elaborar uma série de passos práticos e detalhar a sua viabilidade. A estrutura de base sugerida por Daly e Cobb no seu excelente livro *For the Common Good* constitui um ponto de partida útil. Consideram como medidas para fortalecer as economias regionais e locais melhorar as condições dos mais pobres e proteger o ambiente.

---

<sup>21</sup> DALY, H, COBB, R. *For the Common Good*. Green Print, Londres, 1990; sobre saúde, ver Quick, A. e Wilkinson, R., *Income and health: towards equality in health*, Socialist Health Association, 1991.

## 6. Equilibrar o comércio; problemas potenciais a serem superados

Devem-se inverter as tendências atuais e o encorajamento do aumento do comércio internacional. Pretendemos um decréscimo do comércio e que o que houver seja o mais equilibrado possível; um ponto de partida para esta situação seria limitar as importações a um nível equitativo ao das exportações estimadas. Existe pouca equidade na hegemonia das economias através de um equilíbrio comercial negativo, mesmo quando se verifica um excedente avultado em relação às outras, o que indica, na pior das hipóteses, a exploração, e, na melhor das hipóteses, o desemprego dos outros. O objetivo principal é apenas importar as matérias-primas que não estiverem disponíveis ou os bens e serviços impossíveis de prover.

Deverão fazer-se todos os esforços para satisfazer as exigências, primeiro, das fontes locais, e, depois, das nacionais, a seguir das regionais e só depois das internacionais. Tal como Keynes<sup>22</sup>, defendemos que a produção deve ser localizada, mas encorajando a circulação em grande escala da cultura e das ideias.

Concordo, portanto, com aqueles que minimizariam, e não com os que maximizariam, o envolvimento econômico entre nações. As ideias, o conhecimento, a arte, a hospitalidade, as viagens, são coisas cuja natureza deve ser de âmbito internacional. Mas deixai os bens serem produzidos no nosso país sempre que for razoável e conveniente; e, acima de tudo, deixai as finanças serem essencialmente nacionais.<sup>23</sup>

Percebemos a exortação de Keynes; o princípio de que não é apenas o que é feito que importa, mas como é feito e para quem. Para esse fim, os governos nacionais deveriam introduzir restrições às importações e exportações que não protegessem o ambiente. Estas restrições deveriam incorporar normas rígidas para a saúde, segurança, impacto ambiental e educação do consumidor, e não apenas para a rotulagem. As restrições às exportações deveriam ser acompanhadas de critérios razoáveis e éticos. Estes poderiam incluir: a restrição da exportação de recursos nacionais magros que não forem geridos sustentavelmente; acabar com a exportação de pesticidas ou outros

---

<sup>22</sup> IRWIN, Douglas A. *Against the Tide: An Intellectual History of Free Trade*. Princeton University Press; Reprint edition, 1998, p. 196-198).

<sup>23</sup> DALY, H, COBB, R. *For the Common Good*. Green Print, Londres, 1990, p. 209.

produtos que sejam proibidos no país exportador; a restrição do marketing agressivo de bens desnecessários, como os cigarros ou algumas drogas; travar o *dumping* de excedentes de alimentos subsidiados pelo governo para os mercados mundiais.

As restrições às importações basear-se-iam em princípios semelhantes. As tarifas protegeriam a indústria interna onde os países concorrentes não conseguissem cumprir tais princípios. Estas tarifas aduaneiras não seriam atribuídas aos bens *per se*, mas ao impacto ambiental desses bens. Tornar-se-iam ecoimpostos ou impostos sobre a energia, resíduos, toxinas etc. O país que se opusesse à tarifa teria a responsabilidade de provar que retirá-la não corromperia a sua sustentabilidade. Os acordos regionais e internacionais garantiriam que a normalização do ambiente fosse aperfeiçoada constantemente. Dever-se-ia impor regulamentações severas e as normas deveriam atuar como barreiras não tarifárias para as importações de fraca qualidade. Os habitantes da região seriam encorajados a aperfeiçoar as suas normas de forma a criar um mínimo, ao contrário do comércio livre, o qual, tende a criar máximos acima dos quais nenhuma empresa ou país tem incentivos para se erguer - exceto quando a empresa está satisfeita por usar normas mais rígidas para esmagar a concorrência. As normalizações ambientais aceitas das regiões comerciais deveriam tornar-se no mínimo abaixo do ponto além do qual ninguém poderia ir.

Queremos uma economia em que algumas indústrias mirrem e outras floresçam. Por exemplo, gostaríamos que as indústrias de embalagens e garrafas reutilizáveis aumentassem e as de engarrafamento diminuíssem. Igualmente, gostaríamos de ver as indústrias que protegem os sistemas de transportes públicos aumentar e as que servem os sistemas individualizados poluentes, tal como o automóvel, vissem o seu domínio do setor fabril acabar. As capacidades técnicas atualmente encerradas em indústrias socioambientalmente indesejáveis podiam e deviam ser melhor empregues. A transição para esta realidade exige uma planificação e financiamento adequados. As normas ambientais em constante crescimento, estabelecidas na própria estrutura econômica, acuarão como um incentivo substituto para que a indústria não se deite à sombra dos seus feitos e fossilize - o grande medo das indústrias sob o regime do antigo tectonismo. Nas regiões e localidades, haveria ainda a pressão da concorrência, embora a nível local e não internacional. Haveria um desenvolvimento da inovação e das capacidades técnicas de forma a responderem a fins mais locais, e não ao mercado internacional.

## **7. A introdução de tarifas e a canalização de capital**

As tarifas protegeriam as indústrias em perigo de ter maior debilitação e permitir-lhes-iam se recuperar. Além de que encorajariam os empreendimentos em áreas das quais o país seja dependente em termos de importação, uma vez que as indústrias tenham a garantia de um futuro seguro, estando preparadas para competir com sucesso com rivais locais e sejam lucrativas, o capital local deveria fluir na sua direção. O equilíbrio do comércio através das tarifas deveria conduzir ao máximo nível exequível de autodependência. Serão também necessárias políticas que evitem que a consolidação do poder econômico se concentre apenas nas mãos de alguns. Isto poderia conseguir-se ao limitar o número de fusões e *take overs* e aumentar o número das pequenas empresas e indústrias.

## **8. Novas regulamentações comerciais**

As novas regulamentações comerciais serão especialmente necessárias para a redução da desigualdade e para enfrear os problemas ambientais, como a limitação da poluição transfronteiriça. O objetivo dos acordos comerciais já não seria em seu todo o de eliminar as barreiras ao comércio mas garantir que a atividade econômica providencie a máxima proteção ao ambiente e as populações. Acordos como o GATT, que gostaríamos que se transformasse no Acordo Geral sobre o Comércio Sustentável (*GAST - General Agreement for Sustainable Trade*), e todos os blocos comerciais regionais, deveriam centrar-se em três fases: na sustentabilidade como o objetivo; no encorajamento dos países membros a aperfeiçoar as suas normas, elevando constantemente os seus padrões para além da norma, estando ao mesmo tempo adequadamente protegidos; na harmonização dos níveis de proteção ambiental como o mínimo abaixo do qual nenhuma região ou país pudesse ir.

## **9. Decisões e empreendimentos baseados na comunidade**

Um dos objetivos-chave do protecionismo é elevar o nível e a qualidade de vida dos que estão atualmente a ser empurrados pelo comércio livre para a periferia. As emoções relativas ao impacto do comércio sobre as condições e formas de vida podem exaltar-se como aconteceu em 1933, quando os pescadores franceses bloquearam os portos e queimaram o peixe importado da Rússia e da Grã-Bretanha. O

comércio acarreta efeitos deste tipo onde quer que chegue. Como disse o Presidente Franklin Roosevelt: Os bens produzidos em condições que não satisfaçam um nível de decência elementar devem ser considerados contrabando e não se deve permitir que poluam os canais do comércio internacional.<sup>24</sup>

Se a finalidade é ter uma economia diversificada, com o tempo terá de se transferir o ímpeto, as ideias e a implementação da tomada de decisões e do controle de recursos do nível global ou regional para o nível local e comunitário. Esta medida é uma inversão do projeto de globalização dos partidários do comércio livre, que lhes permite lançarem-se pelo globo com total liberdade. O princípio de subsidiariedade do Tratado de Maastricht da CE, se fosse adaptado ao nível ecológico, constituiria um precedente útil.<sup>25</sup> Dar mais poder aos níveis locais, os quais viram as suas responsabilidades anteriores serem debilitadas, e criar novos níveis onde antes não existia nenhum, é um dos principais objetivos a longo prazo do protecionismo. Um relatório escrito para a CE em 1990 estimou que, segundo as tendências atuais, cem mil pequenas cidades e vilas da Europa iriam cessar as suas funções dentro dos próximos 10 anos.<sup>26</sup>

No Reino Unido, a iniciativa local constituiu-se muitas vezes na única resistência ao efeito do ataque do governo aos postos de trabalho nos anos 1980.

In treating international trade as the (barter) exchange of one good for another between nations, standard trade theory lacked any sense of the rivalry between actual firms pitted against one another in international competition. In the early 1980s, economists began to examine trade in situations where a small number of firms were competing against one another and discovered new theoretical grounds for departing from

---

<sup>24</sup> Presidente Franklin Roosevelt, discurso proferido ao Congresso dos EUA em 1937, apud FRENCH, H., *Reconciling Trade and the Environment*. In: BROWN et al. *State of the World 1993*, Worldwatch Institute/Earthscan, Londres, 1993, p. 178.

<sup>25</sup> HINES, C. *The green view of subsidiarity*, *Financial Times*, 16 set., 1992; COOLEY, M. *European Competitiveness in the 21st Century*, programa FAST, Comissão Europeia, Bruxelas, 1990, apud Robins, N. *Reinventing Europe*. New Economics Foundation, Londres, Dezembro de, 1992, p. 8.

<sup>26</sup> COOLEY, M. *European Competitiveness in the 21st Century*, programa FAST, Comissão Europeia, Bruxelas, 1990, apud Robins, N. *Reinventing Europe*. New Economics Foundation, Londres, Dezembro de, 1992, p. 8.

free trade. Markets which have few competitors may be characterized by a strategic interdependence among firms (in that the pricing, investment, and output decisions of one firm affect those of the others) and imperfect competition (in that the rivalry among existing firms or the threat of new entrants is insufficient to drive profits down to a normal level). In such markets, government promotion of a domestic firm could potentially affect the behavior of foreign firms to the national advantage, such as by shifting profits to the domestic firm and thereby increasing national wealth. While theoretical reasoning along these lines initially bred skepticism about the desirability of free trade under imperfect competition, further research demonstrated that the policy implications of this analysis were fragile and hinged on a number of crucial assumptions.<sup>27</sup>

Em 1992, uma revista da *New Economics Foundation*, em Londres, prestava homenagem as limes apreendidas pelas iniciativas empresariais comunitária.<sup>28</sup> Mas é preciso que estas experiências façam parte de uma estratégia nacional coordenada e não por uns poucos mentores não identificados e sem grandes apoios. Ironicamente, na Grã-Bretanha há mais apoio para este tipo de empreendimento comunitário da parte da UE do que do governo nacional. O objetivo das empresas eurodependentes deve ser o trabalho de boa qualidade, melhorando e não arruinando as condições de vida e do ambiente.

Afinal, a força motriz do melhoramento das condições ambientais deverá ser, não a concorrência internacional, mas as regulamentações regionais do comércio que conduzam à diversidade econômica local que ao mesmo tempo protege o ambiente. Asseguraria que se elevasse a tomada de decisões a um nível que garantisse a máxima proteção ambiental e diversidade econômica. De acordo com a definição convencional de subsidiariedade, as decisões habitualmente tomadas ao nível regional da UE deveriam passar para o nível nacional, embora acolhendo o retorno a um nível mais local. Portanto, um princípio de subsidiariedade verde equilibra o caráter local da tomada de decisões

---

<sup>27</sup> IRWIN, Douglas A. *Against the Tide: An Intellectual History of Free Trade*. Princeton University Press; Reprint edition, 1998, p. 207.

<sup>28</sup> CRABTREE, T., MCROBIE, G. e ROBERTS, A., *TOWARDS. A New Setor: Macro-Policies For Community Enterprise*, New Economics Foundation, Londres, 1992.

com a necessidade de proteger o ambiente. Este tornar-se-ia o mecanismo através do qual a política aumentaria não só a segurança ambiental europeia como a econômica. Resumindo, este é o primeiro passo crucial para uma nova Comunidade Ambiental Europeia.

## **10. Proteger os melhoramentos**

Durante a mudança para o protecionismo se deverá examinar minuciosamente os acordos comerciais existentes como o GATT, a EEA, o NAFTA ou a APEC, e, quando apropriado, renegociá-los para garantir que as normas de proteção ambiental sejam constantemente melhoradas, a atividade econômica diversificada e as economias locais fortalecidas. Em termos práticos, é provável que os setores da indústria, da agricultura e dos serviços num país incorram em custos adicionais para as melhorias do ambiente e opor-lhe-iam, exceto se forem adequadamente compensados por elevar os Padrões das suas normalizações, e se forem protegidos de rivais do exterior que não tenham de incorrer nesses custos. Há dois modos de o fazer. Os contribuintes do país poderiam prover o setor ou a indústria visados com subsídios, quebras nos impostos etc., mas isso apresenta duas desvantagens: em primeiro lugar, faz com que os habitantes do país que introduzam as medidas ambientais paguem e, em segundo lugar, não produz qualquer incentivo para que as outras igualem a normalização segundo padrões rígidos. O outro modo de apoiar essa normalização, aquele que defendemos, é através de tarifas. Estas têm a vantagem adicional de encorajar potencialmente os outros países fornecedores a melhorarem as suas normas, de forma a poderem exportar com sucesso. Algumas das receitas das tarifas também podiam ser usadas para ajudar a financiar os países mais pobres que, de outra forma, não teriam capacidade para suportar as necessárias melhorias do ambiente.

## **11. A autodependência na prática**

Os países e as regiões deveriam fornecer o máximo possível da sua própria alimentação, bens e serviços. Se as economias internas não pudessem continuar a florescer como dependentes do desenvolvimento, através do aumento do comércio internacional, seria necessário criar um poder de compra mais forte. Nos países pobres, isto significaria transformar as necessidades sociais em procura efetiva, e, no Norte, significaria transformar o suprimento da segurança econômica regional e

da sustentabilidade ambiental em postos de trabalho e, a partir daí, em procura efetiva. Teoricamente, defendemos, a longo prazo, as sociedades que produzem a um nível mais local, mas é tal e qual mudar a direção de um superpetroleiro no meio do oceano: demora tempo. E para os países mais pobres, dependentes da venda de produtos, acabar com este comércio repentinamente, mesmo que fosse possível, seria desumano e causaria graves problemas de desemprego. A médio prazo, aspiramos a uma situação em que os países do Primeiro Mundo reduzam as exportações de mercadorias e serviços, enquanto o Terceiro Mundo e os países ex-comunistas obtenham apoio financeiro direto e o alívio da dívida, de forma a ajudá-los a passar de uma situação de dependência das exportações, cujo valor está a decrescer constantemente, para as políticas que proporcionem economias regionais sustentáveis. No Terceiro Mundo, a distribuição mais uniforme de rendimentos exigiria, entre outras mudanças, uma reforma do cultivo extensivo da terra, políticas de tributação progressistas e garantias dos direitos dos trabalhadores.

A maioria dos países do Terceiro Mundo permanece predominantemente como sociedades agrícolas, e é por esta razão que o ponto de partida para o desenvolvimento interno orientado para a procura deve ser através da exploração agrícola. A reforma agrária é o principal meio de distribuição de riqueza e rendimento e, conseqüentemente, de aumento do poder de compra efetivo da população rural; então, os pequenos agricultores, à medida que seus rendimentos forem aumentando, comprariam mais bens e serviços produzidos localmente. A industrialização, a médio prazo, basear-se-ia na maximização das ligações industriais com a agricultura - *inputs* agrícolas, processamento de produtos agrícolas e bens de consumo básicos - e usar menos tecnologias poluentes.

No Norte, a ênfase seria posta também nos regimes e países que suprissem a máxima quantidade possível da sua própria produção, alimentos, bens e serviços. Tal como no caso do Terceiro Mundo, o que não pudesse ser produzido localmente sê-lo-ia nacionalmente e, então, a nível regional. Estas medidas iriam requerer que se voltasse a analisar as prioridades econômicas básicas de organizações regionais como o NAFTA ou a UE, ASEAN ou MERCOSUL. Para alguns setores econômicos, isto significaria mesmo passar a procura e a diversificação para novos mercados.<sup>29</sup> A indústria de fabrico de automóveis é uma

---

<sup>29</sup> DUNNING, A. How much is enough? |The consumer society and the future of the earth. Londres: Earthscan, 2002.

candidata óbvia a transformação. A satisfação futura de uma economia ou mesmo da sua base industrial não deve continuar relacionada às vendas de veículos automotores ou com o seu fabrico. Daly e Goodland<sup>30</sup> fizeram uma recomendação ambiciosa de uma mudança em 10 anos da economia mundial através de uma reestruturação que assegure a máxima autonomia regional e nacional na alimentação e produtos industriais a serem produzidos com uma degradação mínima do ambiente.

Uma vez que esta estrutura esteja montada, as economias nacionais dos países serão - ou terão bases para tal - mais diversificadas, descentralizadas e, talvez, o mais importante, terão maior autocontrole. Uma parte da nossa preocupação consiste em encorajar a transição de sociedades de consumo para sociedades de cidadania. Nessa altura, as sociedades estarão em posição de decidir a quantidade de comércio que precisam para se satisfazerem. O comércio livre já não dita mais a configuração e intensidade das economias locais e os países poderão escolher quando querem comercializar. Teriam igualmente as barreiras protetoras que permitiriam a criação de indústrias que o comércio internacional impedira anteriormente, por não serem competitivas.

Os têxteis são um exemplo importante, no qual um objetivo do protecionismo a médio prazo seria, por exemplo, se a Índia produzisse camisolas para o mercado asiático e a Europa tivesse uma indústria têxtil própria, com o algodão, por exemplo, do Mediterrâneo ou do Norte de África, isto é, através de rotas comerciais mais curtas, envolvendo menos transportes. O desenvolvimento de sistemas agrícolas para o cultivo do algodão sem pesticida também seria uma prioridade: a produção de algodão utiliza químicos em abundância, de impacto ambiental devastador.<sup>31</sup> Ambos os continentes devem pretender uma diversidade econômica em vez de fazerem tentativas nos mercados globais por meio de pontos de partida desiguais. Também o Norte da África deve desenvolver a sua própria indústria têxtil.

## **12. Problemas potenciais a serem superados**

---

<sup>30</sup> DALY, H.; GOODLAND, R. An Ecological-Economic Assessment of Deregulation of International Commerce Under GATT. Departamento de Ambiente do Banco Mundial, Washington, DC, Setembro de 1992.

<sup>31</sup> DINHAM, B. The Pesticide Hazard: a Global Health and Environment Audit. Londres: Sed Books, 1993.

Realizar acordos multilaterais pode levar anos ou décadas, como se pode constatar pelas morosas Ronda Uruguai e Ronda Tóquio. Entretanto, é natural que um país que introduza legislação de forma a melhorar o ambiente tenha de proteger a agricultura ou a indústria interna dos produtos vindos dos países sem este tipo de legislação. Necessita-se de um efeito de engrenagem para cima, e não para baixo, como esperávamos que o GATT introduzisse. Tais políticas comerciais, executadas por um ou mais países podem constituir um passo em direção a um acordo multilateral satisfatório do ponto de vista ambiental. Mesmo que se assine um acordo deste tipo, as sanções comerciais devem permanecer como uma forma: eficazes de assegurar o que deve ser preservado. As exortações internacionais por si sós devem um recorde de sucessos muito fraco.

### **13. Nem economias-fortaleza, nem economias globais**

Sob o regime do velho protecionismo, alguns países seguiram um modelo substituto do importado, em que as indústrias nacionais são protegidas e o Estado ajuda e guia o investimento com o setor privado. Após uma fase inicial de desenvolvimento da indústria, mudam, em teoria, para as exportações, e competem nos mercados mundiais. Este modelo tem sido em parte responsável pelo surgimento de economias celebradas, como as do Brasil e da Coreia do Sul, mas com desigualdades sociais chocantes e com custos consideráveis para o ambiente. O Brasil, por exemplo, tem um dos piores hiatos entre ricos e pobres do mundo. A faixa pertencente aos 20% que ganham mais no Brasil recebe 6,6% do rendimento nacional, enquanto os 20% do extremo oposto ganham 2,4%<sup>32</sup>. Em teoria, outra opção para a rota do comércio livre é comercializar e construir uma economia-fortaleza. Os antigos blocos de Leste, como a Rússia e os países do COMECON seguiram esta rota com muitos resultados socialmente opressivos e ambientalmente desastrosos. A estratégia resultou em estagnação econômica e na perda tanto da produtividade como da inovação. A natureza repressiva destes regimes políticos e a corrupção dos seus sistemas econômicos não nos devem cegar para o potencial de uma área tão vasta e rica como a exemplo da antiga União Soviética se tornar amplamente autossuficiente em termos de recursos, alimentação e produtos manufaturados. A nossa

---

<sup>32</sup> Banco Mundial, World Development Report 1992, OUP, Oxford, 1992, Quadro 30 linha 89.

visão da autodependência regional ou local não é uma das economias-fortaleza de tipo *laager*. E, sim, a do comércio local, incidindo na redução das distâncias sempre que possível. Para localidades, países, regiões, independentemente das unidades de atividade econômica consideradas, pretenderíamos uma alteração das prioridades comerciais entre eles, sendo o objetivo a diversificação da produção local, e só depois viria a satisfação das necessidades através do comércio externo. A longo prazo, mudar para a máxima autodependência regional é mudar para uma nova prática econômica, sendo necessária uma análise pormenorizada dos mecanismos para fazê-la funcionar. Nenhum país ou região consegue fazê-lo por sua conta; é imperativo formar coligações e expor o caso, pacientemente, à população. A história do comércio livre tem consistido em disputas amargas, guerras comerciais e intervenção militar. O Protecionismo requer negociações e decisões difíceis.

#### **14. Instituições para a transformação do comércio**

O comércio é atualmente regulamentado (sendo desregulamentado) a todos os níveis, e as instituições envolvidas são de suprema importância para qualquer nova visão sobre ele.

O comércio não pode ser tratado isoladamente - as atuais estruturas políticas também exigem mudanças consideráveis. Serão necessárias novas instituições, como os comitês do ambiente e do comércio justo, com poderes para atuar sobre as regulamentações comerciais e uma Comissão Internacional de Fusões e Monopólios, com poderes de *trust* e de desmembramento de cartéis. Estes organismos seriam provavelmente os mais apropriados, operando tanto a nível regional como global. O leque de organismos públicos e teoricamente responsáveis que afetam atualmente o comércio é extenso: os organismos das Nações Unidas como a UNCTAD e a UNCED, o GATT, o FMI, o Banco Mundial e a OCDE. Mas muito poucos cidadãos compreendem o que são, como funcionam e como afetam as suas vidas - uma situação que requer uma retificação urgente. Organismos como o FMI e o Banco Mundial, criados pelo acordo de *Bretton Woods*, necessitam não só de ser revistos ou de se abrir um pouco mais<sup>33</sup>, mas de mudar para um equivalente ao Protecionismo para o século XXI. Os acordos comerciais e organismos regionais, juntamente com os seus secretariados, precisam todos de ser

---

<sup>33</sup> HAYTER, T. *The Creation of World Poverty: an Alternative View to the Brandt Report*, Pluto Press, Londres, 1981.

revistos. Entretanto, como parte da nova ordem mundial, as novas instituições estão sendo debatidas, o que poderia resultar num poder substancial. O *Global Environment Fund* (GEF), debatido na UNCED em julho de 1992, é patrocinado pelo Banco Mundial, o UNDP e o *United Nations Environment Programme* (UNEP). Contudo, dois terços dos projetos são propostos e administrados pelo Banco Mundial. Tendo em conta os antecedentes deste, não admira que muitas ONGs já estejam bastante céticas acerca desta questão. Geralmente, estas instituições precisam de desafio e mudança em dois aspectos fulcrais: as suas aspirações básicas e a forma como operam. A aliança global de ONGs formada em torno do processo do GATT deveria abraçar este desafio, ajudando a educar tanto a população em geral como os políticos. A democratização e a responsabilidade de institutos como o FMI, o Banco Mundial e o GATT constituem um problema particularmente premente. Os grupos de interesses públicos que vigiam as instituições globais ficam tão exasperados com elas que é difícil saber se se deve recomendar uma reforma substancial ou uma substituição completa. Sentimos uma empatia considerável em relação à causa de Graham Hancock a favor da abolição dos organismos de ajuda existentes, mas a ajuda, como defendemos aqui, é necessária. A arrogância com que estes organismos executaram políticas socialmente contrárias à ética e ambientalmente destruidoras torna difícil voltar a confiar neles. Por outro lado, já existem neste momento e continuarão a existir no futuro.<sup>34</sup> Afinal de contas, a maioria dos críticos defende a reforma, embora reservando o direito de considerar a abolição. Até mesmo as próprias instituições globais estão ficando sensíveis ao nível crescente de críticas por parte das ONGs, apesar de ser improvável que considerem alguma coisa mais do que reformas cosméticas. As ONGs, a partir de um espectro tão vasto quanto possível, devem ser encorajadas a atingir estas instituições globais nas suas campanhas, na educação pública e nas suas políticas.

## 15. A agenda do novo protecionismo

O desafio do Protecionismo é formidável e empolgante; é necessário desenvolver ideias, especificar políticas e explorar novas questões. Concordamos com a reformulação de ideias sobre as mais diversas questões a serem sintetizadas na (i) política econômica: longe do

---

<sup>34</sup> MACNEIL, J., WINSEMIUS, P., YAKUSHIJI, T. *Beyond Interdependence: The Meshing of the World's Economy and the Earth's Ecology*, OUP, Oxford, 1991.

global, em direção ao regional e local. Ao invés de organizar a economia mundial de forma a torná-la cada vez mais competitiva internacionalmente, queremos o contrário: as economias que se desenvolvam local e regionalmente, dando ênfase à satisfação das necessidades locais pela produção, e encorajando a cooperação ao invés da concorrência; *(ii)* construção e apoio das comunidades: a destruição das economias locais, à medida que os empregos desaparecem sob as pressões da concorrência internacional, debilita a capacidade das comunidades locais cuidarem das suas populações. Queremos que este processo se inverta, com o objetivo de aumentar o número de pessoas que controlam as suas vidas e o seu trabalho. Uma economia local diversificada irá requerer o encorajamento de uma rede de iniciativas comunitárias, as quais poderiam ser a fonte de novos postos de trabalho, da distribuição de recursos e de apoio aos necessitados; *(iii)* ajuda e comércio para a autodependência, mantidos por uma troca de tecnologia e de conhecimentos técnicos apropriados. O novo imperialismo, em que o Sul precisa dos conhecimentos, bens e serviços do Norte, necessita de ser substituído por uma abordagem mais cooperativa. Pretendemos que haja menos transferências físicas de produtos pelo mundo. De forma a proteger o futuro, é necessária uma troca livre e equitativa de competências e conhecimentos técnicos para que se produzam bens e serviços nas localidades, mas não um aumento do comércio internacional. É assim necessário que haja uma troca bidirecional entre Norte e Sul, Leste (ou seja, os países ex-comunistas) e Norte, Leste e Sul, que não implique uma grande concentração de capital; *(iv)* partilha de trabalho. Se a tecnologia continuar a substituir o trabalho humano, enquanto, simultaneamente, a população continua a aumentar, então, torna-se essencial partilhar os benefícios e encargos da tecnologia. Nas economias que utilizam a alta tecnologia, deveria encurtar-se a semana de trabalho ao longo dos próximos 20 anos, enquanto se desenvolvem novas prioridades para a reconstrução de economias. No mundo inteiro, mas em especial nos países em vias de desenvolvimento, a necessidade de melhorar a qualidade de vida dos mais desfavorecidos, principalmente de aliviar o fardo que recai sobre as mulheres, constitui um objetivo principal. O investimento e a investigação na tecnologia e na infraestrutura deveriam seguir aquela direção, ao contrário dos projetos atuais do Banco Mundial, que tendem a concentrar o capital em grande escala e a insistir na alta tecnologia, quando seriam muito mais apropriados para necessidades e recursos locais; *(v)* elevar o nível das normas de proteção política e ambiental. É necessário iniciar um

processo de engrenagem que eleve o nível da normalização e não que o faça descer. Os organismos internacionais de normalização como a *Codex* e a ISO, deveriam ser mais abertos, mais democráticos, e os seus níveis de normalização deveriam ser um mínimo e não os máximos para as normas nacionais; (vi) controlar as companhias transnacionais. Deveria haver um exame internacional quanto ao papel e poder das companhias transnacionais. Queríamos que se fundasse uma Comissão de monopólios e fusões (ou antitrust) a nível internacional, que acabasse com os cartéis e as companhias transnacionais e que estabelecesse e executasse uma estrutura que analisasse as companhias transnacionais e que proporcionasse critérios sociais e ambientais para a tomada de decisões em relação às dimensões das empresas. Estas medidas basear-se-iam no *Centre on Transnational Corporations* das Nações Unidas recentemente desmembrado, e noutras investigações independentes. Os governos dos países onde opere uma companhia transnacional deveriam colaborar uns com os outros para decidirem a forma de a dividir em unidades menores; (vii) uniformizar os fluxos de dinheiro. A longo prazo, dever-se-ia anular a dívida do Terceiro Mundo, através de um processo que encoraje um aumento da diversidade econômica regional. As anulações estariam dependentes da criação de mecanismos eficazes que reduzissem bastante a diferença entre ricos e pobres nos países e entre eles. O *slogan* deveria ser “Ajuda e comércio” para a autodependência; (viii) dismantelar ou reformar os organismos financeiros e comerciais mundiais. Passados cinquenta anos, é necessário reavaliar os objetivos das instituições criadas no início do acordo de *Bretton Woods* na II Guerra Mundial. Organismos como o Banco Mundial e o FMI deveriam ser radicalmente retificados de forma que, em vez de maximizar o crescimento econômico, a sua orientação passasse a ser a de encorajar as economias locais e regionais que protegem o ambiente de forma adequada, para que houvesse uma partilha de emprego e uma maior igualdade nos países e entre eles. O GATT passaria a ser GAST - Acordo Geral sobre o Comércio Sustentável - e o raciocínio por detrás das regulamentações comerciais deveria ser igualmente direcionado a melhorar as normas de proteção do ambiente, a diversificar as economias locais e a reduzir as desigualdades gritantes. Todos os restantes acordos comerciais (por exemplo, a EEA, o NAFTA, o Pacto Andino etc.) deveriam ser renegociados, após balanços sobre o ambiente, para fins semelhantes; (ix) cortar o poder dos superblocos, permitindo comércio local e regional e necessariamente retirar poder dos superblocos e dar mais espaço aos blocos embrionários do Sul para que

se desenvolvam. Qualquer segurança econômica e melhoramento do ambiente garantidos pelos superblocos não se devendo dar às custas da capacidade do mundo em vias de desenvolvimento de formar os seus próprios blocos seguros a nível regional e ambiental. Para esse fim, pretendemos que se estabeleça mais blocos comerciais sulistas com a ajuda financeira dos blocos ricos, tais como a melhorada Comunidade Ambiental Europeia e um novo Acordo de Comércio Sustentável da América do Norte (NASTA) que sucederia ao NAFTA. Apoiamos igualmente o direito dos países a permanecerem independentes dos blocos comerciais formais; (x) alterar os padrões de consumo. Para que o comércio local e regional seja economicamente sadio, os padrões de consumo dos consumidores ricos no mundo - aquilo que compram e como vivem - terão de mudar. O consumismo verde, o qual relega estas mudanças para os caprichos do mercado, não é suficiente. Os padrões de consumo e aquilo que se encontra disponível para se consumir - terão de ser alterados, para evitar arruinar a base dos recursos a nível mundial. O excesso de consumo pelos mais abastados no Norte terá de diminuir, encorajado por impostos sobre a riqueza e a poluição. O objetivo é um consumo de qualidade, acentuando a durabilidade e uma boa concepção, de modo a satisfazer as necessidades reais. Serviços de melhor qualidade, como habitações, transportes e serviços sociais ecologicamente mais apropriados melhorariam a qualidade de vida para todos<sup>35</sup>.

## 16. Pagar a transição

Esse Novo Protecionismo requer uma mudança fundamental na forma como os mercados internacionais estão organizados, sendo necessária uma quantia avultada para pagar a reorientação das economias regionais. Neste momento, o mundo não tem carências monetárias; o problema reside na má distribuição do dinheiro e em quem o controla<sup>36</sup>. Para os países mais pobres, o alívio da dívida seria concedido em proporção à quantidade de recursos atribuídos para a proteção das economias regionais, a redução das desigualdades principalmente no direito de propriedade da terra e na proteção do ambiente.

---

<sup>35</sup> VAN BRAKEL, M.; BUITENKAMP, M. Sustainable Netherlands: A Perspective for Changing Northern Lifestyles. Discussion Paper, Friends of the Earth. Países Baixos, Amsterdã, maio, 1992.

<sup>36</sup> World Development Report 1992, OUP 1992, Quadro 11, p. 238-239.

Durante o processo de restrição dos poderes das companhias transnacionais e de reorientação dos fluxos de capital internacional para construir economias regionais, deve-se ter em consideração um imposto de cessão internacional sobre as transações em moeda estrangeira. Esta medida foi proposta pela primeira vez, nos anos 1970, pelo economista americano James Tobin. Apenas uma fração, talvez 10% dos 900 bilhões de libras diariamente transacionados no mercado de câmbio mundial, é agora utilizada para facilitar o comércio. O restante é negociado para gestão de risco ou lucro.<sup>37</sup> Em 1992, naquilo que poderia ser um primeiro passo experimental em direção ao controle, o então *Treasury Secretary* dos EUA, Nicholas Brady, requereu uma investigação do fluxo global de capital, uma proposta vista como um passo em direção a um maior grau de controle governamental dos mercados cambiais após uma década de desregulamentação financeira.

Outra enorme fonte de receitas poderia provir do lançamento de impostos sobre atividades econômicas que resultassem num excesso do uso de recursos e poluição. Esta medida teria a vantagem dupla de angariar dinheiro para ajudar a financiar a transição para o Protecionismo e alterar a forma como a sociedade enfrenta a necessidade de proteger o ambiente. As razões para uma agricultura mais orgânica, uma dependência cada vez maior da energia renovável e da eficiência energética para uma produção mais limpa e eficiente e para um consumo e normas de saneamento menos esbanjadores são já óbvias. O que falta é a vontade política de pagar estas medidas, o que explica por que razão a glorificação do comércio livre e a aceitação da sua filosofia antepostos têm de parar.

As estimativas realizadas pelo *World Resources Institute* (WRI), com base em Washington, sobre a escala das receitas que se poderiam gerar nos EUA, são ilustrativas das receitas que o governo poderia angariar ao lançar impostos sobre as situações indesejáveis para se obter as desejáveis. Estas incluem impostos sobre os combustíveis que libertam dióxido de carbono, encargos pagos por saco na recolha de resíduos sólidos e portagens fixas por congestionamento.

## **17. Realidades e conclusões**

---

<sup>37</sup> ROBINS, N. *Reinventing Europe*. The New Economics Foundation, Londres, dez. 1992, p. 9.

As consequências da teoria da proteção dos lucros e perdas nacionais provocados pelas variações da produtividade

O princípio básico do livre-câmbio, que quereria ser não um postulado, mas sim uma conclusão, pretende que, no regime da liberdade das permutas, cada nação ponha o seu capital e o seu trabalho em empresas que são mais vantajosas para ela.

Conseguimos fazer um pouco de luz sobre o que constitui e sobre o que não constitui a vantagem de uma nação na produção.

Vimos que só há um meio decisivo de julgar-se a vantagem real de um ramo de produção: é a sua produtividade, tal como a definimos.

Ora, qual é hoje a situação das diferentes nações do globo?

Há nações que produzem artigos de grande produtividade além das suas necessidades e exportam estes artigos para o estrangeiro; há nações que produzem muito pouco destes artigos ou que não os produzem, importando-os do estrangeiro.

Para as primeiras, a produtividade média por operário é muito maior do que as segundas.

Assim sendo, cada país comporta certo nível médio de produtividade, que constitui um elemento capital da sua constituição econômica.

Em uma representação gráfica sobre o mapa do mundo, todos os países apareciam como colinas, com alturas diferentes, e tanto maiores como o grau médio de produtividade de cada um deles fosse maior.

A América, a Inglaterra e a Bélgica seriam colinas muito elevadas. Os países do Oriente e do

Extremo Oriente seriam colinas muito baixas, quase planícies.

A altitude média (média ponderada) de todas estas colinas seria o nível geral da produtividade da humanidade.

Segundo a teoria do livre-câmbio, pela proteção alfandegária, a repartição das atividades na humanidade inteira é feita de tal modo que o nível geral da produtividade da humanidade é mais baixo do que seria em um regime de livre-câmbio generalizado.

A proteção constituiria, pois, um obstáculo a que as nações se consagrassem às atividades mais vantajosas.

Acreditamos haver demonstrado – e adiante voltaremos ao assunto – que é, ao contrário, graças à proteção que se concede aos países de produtividade reduzida que eles têm possibilidade e liberdade de elevar o seu nível médio de produtividade.

Por outro lado, impedindo estes países de elevar o seu nível de produtividade, o livre -câmbio constitui para eles um regime de constrangimento.

Pode-se dizer em poucas palavras: A proteção é a liberdade. O livre-câmbio é o constrangimento.

Mas, pode-se dizer que essa conclusão, por mais verdadeira que seja, só é válida para os países de produtividade inferior; para os países que – graças aos fatores naturais ou aos fatores históricos – já atingiram um grau bastante elevado de produtividade. O Protecionismo dos países de baixo grau de produtividade pode ter como consequência uma baixa da sua própria produtividade.

Com efeito, o aumento de produtividade para os países atrasados é tão importante, quando eles passam de uma ocupação industrial, que o deslocamento positivo sobre a escala da produtividade é muito grande. Segue-se que o deslocamento negativo, que é suportado ao mesmo tempo pelos países industriais, pode ser muito considerável, sem que haja perda total para o conjunto destes países, ou antes, para o conjunto da humanidade.

Citamos a passagem de Stuart Mill, recomendando aos países que não podem produzir tão barato como os seus concorrentes, que abandonem os ramos da produção nos quais não têm sucesso, “guardando o trabalho e o capital disponíveis para produzir outra coisa”. Esta recomendação visa aos países atrasados, os quais, querendo passar de uma produtividade inferior (agrícola) para uma produtividade superior (industrial), não são capazes de enfrentar com denodo a concorrência dos países industriais.

Agora, aquilo que demonstramos autoriza-nos a dizer que é para os velhos países industriais, cuja clientela é diminuída pelos países recentemente industriais, que seria preciso fazer-se essa recomendação.

A tendência de aumentar a produtividade do seu trabalho é por tal forma natural aos países atrasados, ela está de tal maneira “dentro da ordem das coisas”, que não se poderia, sem maior reflexão, recomendar a estes países que não desenvolvam uma atividade superior (mesmo de mais baixo rendimento relativo) para fazer outra coisa.

Mas, como já provamos, se em virtude dessa tendência natural e irresistível os países industriais perdem uma parte da sua cifra de transações e encontram-se com um número de operários “disponíveis”, é para estes países que se apresenta o problema de fazerem “outra coisa”.

O que queremos agora sublinhar é que, na ordem lógica, esta famosa “outra coisa” que se deve procurar, incumbe às nações industriais

que perdem progressivamente a clientela, mas não as nações em via de industrialização, que têm o direito natural de elevar sua produtividade (pelo menos para cada artigo, até a saturação do seu mercado interno). Não se pode dizer que o país empobrece se exportar mercadorias de pequena produtividade e importar mercadorias de grande produtividade. Ele não empobrece de modo absoluto, mas empobrece relativamente.

Definimos o enriquecimento de um país, de modo a dissipar os males entendidos e as dúvidas. Cada país chegou a certo grau médio de produtividade; é o nível que ele atingiu em seu poder de produzir. Neste momento, a mesma nação chegou a uma dada riqueza (que representa tantos francos ouro por habitante); é o nível que ela atingiu em sua riqueza acumulada.

Estes dois níveis, o nível médio de produção e o nível médio de riqueza, caracterizam completamente um país sob o ponto de vista econômico, em qualquer momento da sua história.

Agora, se um país aumentar a sua riqueza de modo absoluto, nem por isso ele se tornará, segundo a nossa concepção, mais rico do que era antes.

Como os países geralmente aumentam de população, o aumento da riqueza, que é estritamente proporcional ao aumento da população e que, portanto, não eleva o nível médio da riqueza, não deve ser considerado como um verdadeiro enriquecimento.

Ocorre a mesma coisa com o aumento da produtividade.

O verdadeiro progresso econômico de uma nação consiste na elevação do seu nível de produtividade e na elevação do seu nível de riqueza.

Se o nível da produtividade se elevar e se o consumo não aumentar em proporções tais que cubram toda a diferença de produção novamente ganha, resulta também um aumento das economias anuais da nação, ou seja, um aumento de riqueza e uma elevação do nível médio da riqueza.

Quando então começam as possibilidades de exportação? Quando a política de proteção for – de maneira consciente ou inconsciente – além do modesto fim, que é a satisfação do mercado interno.

Isto pode ocorrer de duas maneiras. Primeiro, por meio de subvenções, que se aplicam a cada unidade produzida, mesmo além do consumo interno, ou por meio de subvenções globais, tão elevadas que possam não só cobrir as perdas resultantes das diferenças de preço com o estrangeiro, para as mercadorias vendidas no interior, mas ainda deixar uma margem disponível, para cobrir as perdas que se sofre exportando.

É claro que, neste caso, quanto mais elevadas forem as subvenções, também tanto maiores serão as possibilidades de exportação.

A segunda maneira de sustentar as exportações consiste em conceder uma proteção alfandegária superior a tudo que é estritamente indispensável para cobrir a diferença de preço entre a mercadoria nacional e a mercadoria estrangeira.

Em resumo, todas as vezes que a proteção for além do que é estritamente indispensável para conservar o domínio do mercado interno, ela permite a exportação.

Em particular, quando a taxa alfandegária vai além da diferença estrita entre o preço da produção nacional e o preço do produto estrangeiro, ela permite logo as exportações.

O industrial pode, então, vender no estrangeiro a um preço inferior ao seu custo, cobrindo-se da diferença por meio do ágio (em relação ao preço mundial) recebido no mercado interno.

A operação parece ser absurda e imoral. O estrangeiro é beneficiado com os preços mais favoráveis do que os do mercado nacional. Examinemos tal operação à luz da nossa demonstração teórica.

A legitimidade da taxa alfandegária de 20%, que devia assegurar à indústria estritamente o seu mercado interno, decorria do fato que o ramo respectivo da indústria nacional é capaz (apesar da sua inferioridade em face do estrangeiro) de uma produtividade muito elevada em relação à produtividade média do país.

Cada unidade de mercadoria produzida não faz mais do que aumentar o nível da produtividade média do país; quanto mais se produzir esta mercadoria, tanto mais se elevará esta média. Deste ponto de vista, é indiferente que o aumento do consumo seja feito no interior ou no exterior.

O preço da mercadoria saída da fábrica é sempre o mesmo, 120, e é sobre a base deste preço que a produtividade corresponde como suficientemente vantajosa para merecer proteção. Mas, diz-se, o país sofre uma perda líquida, porque a mercadoria nacional é vendida no estrangeiro abaixo do seu custo de 120, isto é, 100, ou seja, com uma perda de 20 por unidade.

A objeção é perfeitamente fundada. Com efeito, quando a mercadoria era colocada no interior do país e quando a taxa alfandegária era de 20, esta taxa, paga pelos consumidores para as mercadorias importadas (se ainda existissem) entrava para os cofres do Estado; por outro lado, o ágio de 20, pago pelos consumidores para as mercadorias

fabricadas no país, entrava para o bolso dos industriais. Nos dois casos, havia uma transferência interna: tudo corria “em família”.

Não acontece o mesmo para a exportação (quando a taxa alfandegária é de 30). É verdade que – exatamente como no caso precedente – a taxa alfandegária paga pelos consumidores para a mercadoria importada (se ainda existir) entra para os cofres do Estado; é verdade que, exatamente como no caso precedente – o ágio de 30, para a mercadoria colocada no interior, entra para o bolso dos industriais, mas a terceira parte, isto é, a diferença de 20 que se reduz no preço de custo para a mercadoria exportada, é completamente perdida para o país.

Para muitos observadores, a conclusão parecia direta: o que estava acontecendo era um movimento em direção à equalização do fator preço. O comércio entre países avançados que são abundantes em capital e habilidade e as NIEs com sua oferta abundante de mão de obra não qualificada estava elevando os salários de trabalhadores altamente qualificados e diminuindo os salários de trabalhadores menos qualificados nos países ricos em habilidades e capital, como o modelo de proporções de fatores prevê.

Este é um argumento com muito mais do que significado puramente acadêmico. Se considerarmos a crescente desigualdade de renda nos países avançados como um problema sério, como muitas pessoas fazem, e se também acreditarmos que o crescente comércio mundial é a principal causa desse problema, torna-se difícil manter o tradicional apoio dos economistas ao livre-comércio. (Como já dissemos anteriormente, em princípio, impostos e pagamentos governamentais podem compensar o efeito do comércio na distribuição de renda, mas pode-se argumentar que é improvável que isso aconteça na prática.) Alguns comentaristas influentes argumentaram que as nações avançadas terão que restringir seu comércio com países de baixos salários se quiserem permanecer basicamente sociedades de classe média.

Enquanto alguns economistas acreditam que o crescimento do comércio com países de baixos salários tem sido a principal causa do aumento da desigualdade de renda nos Estados Unidos, a maioria dos pesquisadores empíricos acreditava, no momento em que escrevíamos, que o comércio internacional era no máximo um fator contribuinte para esse crescimento, e que as principais causas estão em outro lugar. Esse ceticismo repousa no modelo de proporções de fatores que diz que o comércio internacional afeta a distribuição de renda através de uma mudança nos preços relativos dos bens. Portanto, se o comércio internacional era a principal força motriz por trás da crescente

desigualdade de renda, deveria haver evidências claras de um aumento nos preços dos produtos intensivos em habilidades, em comparação com os de produtos intensivos em trabalhos não qualificados. Estudos de dados internacionais de preços, no entanto, não conseguiram encontrar evidências claras de tal mudança nos preços relativos.

## 18.Referências

BALDWIN, Robert. Inefficacy of Protection in Promoting Social Goals. *World Economy*, v. 8, 1985.

BARRATT BROWN, M. *Fair Trade*, Zed Books, Londres, 1993.

BHAGWATI, Jagdish. *Protectionism*. Cambridge / London: MIT Press, 1988.

COOLEY, M. *European Competitiveness in the 21<sup>st</sup> Century*, programa FAST, Comissão Europeia, Bruxelas, 1990, apud Robins, N. *Reinventing Europe*. New Economics Foundation, Londres, Dezembro de 1992.

CORDEN, W. Max. *Boom Setor and Dutch Disease Economics: Survey and Consolidation*, *Oxford Economic Papers* 36, 1984.

CRABTREE, T., MCROBIE, G. e ROBERTS, A., *TOWARDS. A New Setor: Macro-Policies For Community Enterprise*, New Economics Foundation, Londres, 1992.

DALY, H, COBB, R. *For the Common Good*. Green Print, Londres, 1990.

DALY, H.; GOODLAND, R. *An Ecological-Economic Assessment of Deregulation of International Commerce Under GATT*. Departamento de Ambiente do Banco Mundial, Washington, DC, Setembro de 1992.

DAVIDSON, M. *The Consumerist Manifesto: Advertising in postmodern times*. Londres: Routledge, 1992.

DINHAM, B. *The Pesticide Hazard: a Global Health and Environment Audit*. Londres: Sed Books, 1993.

DORNBUSCH, R. *Economic Focus*, *The Economist*, 4 de maio de 1991.

DUNNING, A. *How much is enough? [The consumer society and the future of the earth*. Londres: Earthscan, 2002.

GANDHI, M.K., apud Goldsmith, E. *The Way*. Londres: Rider, 1992.

HOLDROYD, M.; SHAW, Bernard. *The Pursuit of Power 1898-1918*. Penguin: Harmondsworth, 1991. v. 2.p.121-126.

HAYTER, T. *The Creation of World Poverty: an Alternative View to the Brandt Report*, Pluto Press, Londres, 1981.

HINES, C. The green view of subsidiarity, *Financial Times*, 16 set. 1992.

HOPINSON, N. Completing the GATT Uruguay Round: Renewed Multilateralismo a World of Regional Trading Blocs, Wilton Park paper 61, HMSO, Londres, ago. 1992.

IRWIN, Douglas A. *Against the Tide: An Intellectual History of Free Trade*. Princeton University Press; Reprint edition (1998).

JAVELOT, Sylvie (1998). *La Loyauté dans le Commerce International*, Economica, Paris.

JETTER, M. Fair Trading Initiatives, Briefing para a European Ecological Consumers, Co-ordination, Maio de 1992.

QUICK, A. e WILKINSON, R., *Income and health: towards equality in health*, Socialist Health Association, 1991.

KEYNES, J. M. *National Self-Sufficiency*. In: Moggeridge, D. (ed.). *The Collected Writings os John Maynard Keynes*, Macmillan and Cambridge University Press, Londres, v. 1, apud Daly, H. E Cobb, J. *For the Common Goos*, Green Print, Londres, 1990.

KRUGMAN, P. OBSTFELD Maurice; MELITZ Marc J. *International Economics: Theory & Policy*, 11th Edition. London: Pearson Education 2018.

KURIEN, J. Ruining the Commons: Coastal Overfishing and Fishworkers' Actions in South India, *The Ecologist*, v. 23, n. 9 1, jan.-fev. 1993.

LAFAY, Gérard. *Peut-on se proteger de la crise? Le protectionisme*. Paris: Economica, 1985.

MACNEIL, J., WINSEMIUS, P., YAKUSHIJI, T. *Beyond Interdependence: The Meshing of the World's Economy and the Earth's Ecology*, OUP, Oxford, 1991

ROBINS, N. *Reinventing Europe*. The New Economics Foundation, Londres, dez. 1992.

SISSOKO, M. et al., 1998. Impacts of the Yaounde and Lome Conventions on EC-ACP Trade. *The African Economic Business Review & v. 1, n. 1, spring*.

VAN BRAKEL, M.; BUITENKAMP, M. *Sustainable Netherlands: A Perspective for Changing Northern Lifestyles*. Discussion Paper, Friends of the Earth. Países Baixos, Amsterdã, maio 1992.

WAGSTYL, S. The child victims of India's slave trade, *Financial Times*, 19 dez. 1992.

FRENCH, H. Reconciling Trade and the Environment. In: Brown et al. State of the World 1993. Worldwatch Institute/Earthscan, Londres, 1993

WOLF, M., The GATT Makes its Last Stand, Financial Times, 20 jan. 1992.