

AMANDA ATHAYDE

ESTUDOS EM DIREITO DA

CONCORRÊNCIA

PREFÁCIO: RICARDO VILLAS BOAS CUEVA

APRESENTAÇÃO: VINÍCIUS MARQUES DE CARVALHO

Descubra os segredos e nuances do Direito da Concorrência neste livro fascinante, intitulado "Estudos em Direito da Concorrência". Nele, você encontrará uma cuidadosa seleção de estudos da autora, divididos em seis blocos:

Política Pública de Defesa da Concorrência: Explore os objetivos do Direito da Concorrência, as diferentes ondas do antitruste no Brasil e o impacto do lobby no cenário competitivo.

Defesa da Concorrência e Interfaces Jurídicas: Mergulhe em artigos que abordam temas como antitruste e gênero, o universo dos supermercados, seguros Directors and Officers (D&O), inteligência artificial, videogames, Sociedades Anônimas do Futebol (SAF) e sanções antitruste não pecuniárias.

Atos de Concentração: Desvende estudos sobre fusões verticais e conglomerais, interlocking directorates, participações minoritárias indiretas de investidores institucionais em concorrentes e o fenômeno do "gun jumping".

Condutas Unilaterais: Explore temas como blockchain, preços predatórios e subsídios, medidas preventivas e discriminação de preços por algoritmos.

Condutas Coordenadas: Descubra os segredos por trás de acordos de hub and spoke, no poach e wage fixing, a importância do whistleblower, acordos de leniência e TCC, compliance antitruste, cartéis internacionais e em licitações, além de análises sobre anúncios públicos unilaterais e conspirações múltiplas versus únicas.

Ações Privadas de Reparação Civil: Mergulhe em artigos sobre acesso a documentos de leniência, ajuizamento de ações de reparação, ressarcimento voluntário de danos e acordos no Cade, e a aplicabilidade da Lei n. 14.470/2022 em termos materiais e processuais.

ISBN 978-65-6006-068-5



9 786560 060685 >


EXPERT
EDITORA DIGITAL

AMANDA ATHAYDE

ESTUDOS EM DIREITO DA
CONCORRÊNCIA

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos

Direção Editorial: Daniel Carvalho

Diagramação e Capa: Editora Expert

Revisão: Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

ATHAYDE, Amanda

Titulo: Estudos em Direito da Concorrência - Belo Horizonte - Editora Expert - 2024

AUTORA: Amanda Athayde

ISBN: 978-65-6006-068-5

Modo de acesso: <https://experteditora.com.br>

1.Direito da concorrência 2. Direito empresarial 3.Defesa da concorrência

4.Politica pública

I. I. Titulo.

CDD: 342.2

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br





Prof. Dra. Adriana Goulart De Sena Orsini
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Alexandre Miguel Cavaco Picanco Mestre
Universidade Autónoma de Lisboa, Escola Superior de Desporto de Rio Maior, Escola Superior de Comunicação Social (Portugal), The Football Business Academy (Suíça)

Prof. Dra. Amanda Flavio de Oliveira
Universidade de Brasília - UnB

Prof. Dr. Carlos Raul Iparraguirre
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral (Argentina)

Prof. Dr. César Mauricio Giraldo
Universidad de los Andes, ISDE, Universidad Pontificia Bolivariana UPB (Bolívia)

Prof. Dr. Eduardo Goulart Pimenta
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, e PUC - Minas

Prof. Dr. Francisco Satiro
Faculdade de Direito da USP - Largo São Francisco

Prof. Dr. Gustavo Lopes Pires de Souza
Universidad de Litoral (Argentina)

Prof. Dr. Henrique Viana Pereira
PUC - Minas

Prof. Dr. Javier Avilez Martínez
Universidad Anahuac, Universidad Tecnológica de México (UNITEC), Universidad Del Valle de México (UVM) (México)

Prof. Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG.

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha
Universidade Federal da Bahia - UFBA

Prof. Dr. Leonardo Gomes de Aquino
UniCEUB e UniEuro, Brasília, DF.

Prof. Dr. Luciano Timm
Fundação Getúlio Vargas - FGVSP

Prof. Dr. Mário Freud
Faculdade de direito Universidade Agostinho Neto (Angola)

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Omar Jesús Galarreta Zegarra
Universidad Continental sede Huancayo, Universidad Sagrado Corazón (UNIFE), Universidad Cesar Vallejo. Lima Norte (Peru)

Prof. Dr. Raphael Silva Rodrigues
Centro Universitário Unihorizontes e Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dra. Renata C. Vieira Maia
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG

Prof. Dr. Rodolpho Barreto Sampaio Júnior
PUC - Minas e Faculdade Milton Campos

Prof. Dr. Rodrigo Almeida Magalhães
Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, PUC - Minas

Prof. Dr. Thiago Penido Martins
Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG

PREFÁCIO

Recebi com alegria o convite para prefaciar a obra "Estudos em Direito da Concorrência", de Amanda Athayde. Afinal, há muitos anos venho acompanhando a notável evolução profissional e acadêmica de Amanda, dona de um currículo e de uma capacidade de trabalho invejáveis. Seria uma excelente oportunidade de lançar um olhar sistemático sobre trabalhos produzidos pela autora ao longo dos últimos anos. Saí enriquecido da experiência: trata-se muito mais do que uma simples compilação de artigos; é um verdadeiro convite para explorar em profundidade o universo complexo e multifacetado do Direito da Concorrência, sob a segura orientação da autora, que, como sempre, procura desbravar temas novos e provocantes.

De fato, Amanda Athayde traz para o leitor sua vasta experiência, tanto acadêmica quanto profissional, marcada por um olhar inovador a respeito dos desafios contemporâneos enfrentados pelo Direito da Concorrência. Seu trabalho se destaca não apenas pela profundidade da análise, mas também pela capacidade de abordar temas atuais e de grande relevância, muitos dos quais raramente explorados com tal acuidade na literatura jurídica brasileira.

O livro é estruturado em seis blocos temáticos. No primeiro, que trata da política pública de defesa da concorrência, reúnem-se artigos que traçam um amplo painel das principais escolas do direito antitruste, com análise comparativa que permite situar de modo pertinente os debates em curso no mundo e no Brasil, levando em conta dados empíricos relevantes acerca da atuação do CADE. No segundo, que cuida das intersecções entre o Direito da Concorrência e outras áreas jurídicas, encontram-se interessantes discussões relativas ao uso de sanções não monetárias na defesa da concorrência, entre outros tópicos. Nos demais blocos, abordam-se temas relacionados com os Atos de Concentração, as Condutas Unilaterais e Coordenadas e as Ações Privadas de Reparação Civil. Essa organização reflete a amplitude da visão da autora, capaz de transitar com facilidade entre

a teoria e a prática, entre o local e o global, entre tecnicidades e questões de interesse geral.

Dentre os temas abordados, encontramos discussões relativas à influência do lobby no cenário competitivo, à interação entre antitruste e gênero, ao impacto da inteligência artificial e dos videogames no mercado, além de análises profundas a respeito de fusões, práticas predatórias e cartéis, apenas para citar alguns. Tais estudos não apenas ilustram a complexidade do Direito da Concorrência, como também destacam a importância de um olhar crítico e atualizado no tocante às práticas de mercado e sua regulamentação.

Em suma, o livro nos oferece uma oportunidade única de compreender as nuances e os desafios do Direito da Concorrência em uma era marcada por rápidas mudanças tecnológicas e econômicas, destinando-se a todos aqueles que buscam não apenas entender, mas, para além disso, questionar e expandir os limites do que conhecemos acerca do Direito da Concorrência. É uma leitura indispensável para estudantes, profissionais da área jurídica e todos os interessados em compreender os mecanismos que regem as dinâmicas de mercado em nossa sociedade.

Ricardo Villas Boas Cueva

Março de 2024

APRESENTAÇÃO

É um privilégio apresentar um pouco da trajetória e do trabalho notável da Professora Amanda Athayde no campo do Direito da Concorrência.

Tenho tido a alegria de acompanhar de perto a jornada da Professora Amanda Athayde desde 2009, quando participei de um evento sobre Direito da Concorrência em Belo Horizonte/MG. Naquela época, Amanda já demonstrava sua paixão e dedicação à área, mesmo como estudante de Direito na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Nossos caminhos se cruzaram novamente na Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), onde pude testemunhar sua competência e comprometimento. Acompanhei seu ingresso no mestrado no Largo São Francisco (USP), e posteriormente, tivemos a oportunidade de colaborar no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), onde Amanda liderou a negociação dos Acordos de Leniência Antitruste com maestria, deixando uma marca indelével.

Participei como membro da banca de qualificação do doutorado dela na USP, e juntos escrevemos artigos em coautoria, explorando nuances do Direito da Concorrência. Além disso, compartilhamos voos (com Amanda sempre tirando um cochilo) e participamos de inúmeros eventos acadêmicos e profissionais.

Amanda Athayde é uma referência no cenário acadêmico e profissional, e sua atuação na Universidade de Brasília (UnB) e minha na USP tem sido uma fonte constante de diálogo e aprendizado.

Agora, com o lançamento de seu livro, ela consolida mais de 12 anos de dedicação incansável ao estudo e à prática do Direito da Concorrência no Brasil.

O livro da Amanda é uma obra que reflete sua paixão, conhecimento e compromisso com a área. Ele representa uma contribuição significativa para a literatura jurídica e será uma fonte

valiosa para estudantes, acadêmicos e profissionais que desejam aprofundar seus conhecimentos sobre concorrência e antitruste.

Parabenizo Amanda Athayde por essa conquista e desejo que seu livro alcance muitos leitores, inspirando futuras gerações de juristas e contribuindo para o desenvolvimento contínuo do Direito da Concorrência no Brasil.

Vinícius Marques de Carvalho
Março de 2024



Amanda Athayde

Advogada e Professora Doutora da Universidade de Brasília (UnB).

Atua nas áreas de Direito Empresarial, Direito da Concorrência, Comércio Internacional, Defesa Comercial e Interesse Público, Compliance, Anticorrupção, Acordos de Leniência e Negociação de Sanções.

Consultora no Pinheiro Neto Advogados.

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.

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 Chefe de Gabinete do Ofício do MPF junto ao CADE.

De 2013 a 2017, foi Chefe de Gabinete da Superintendência-Geral do CADE e Coordenadora do Programa de Leniência Antitruste.

Em 2013, atuou na negociação de acordos internacionais para cooperação e facilitação de investimentos (ACFIs).

Ex-Analista de Comércio Exterior do Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio (MDIC).

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).

<https://www.amandaathayde.com.br>

<https://podcast.direitoempresarialcafecomleite.com>

SUMÁRIO

Política Pública de Defesa da Concorrência

As três ondas do antitruste no Brasil: a Lei 12.529/2011 E o conselho administrativo de defesa econômica21

Amanda Athayde

A terceira onda do antitruste no Brasil: marolinha ou tsunami? Reflexões diante do histórico de investigações e de acordos sobre condutas unilaterais no Brasil29

Amanda Athayde, Patrícia Jacobs

Os novos objetivos do Direito da Concorrência: Objetivos antitruste mais amplos que o bem-estar do consumidor incluem uma eventual defesa dos cartéis?37

Amanda Athayde, Luiz Guilherme Ros

The midlife crisis of the antitrust goals: where does the Brazilian Competition Authority stand among Harvard, Chicago and Neo-Brandesianists?47

Amanda Athayde, Luiz Guilherme Ros

Concorrência para além das autoridades antitruste nos Estados Unidos e no Brasil: Há espaço para uma movimentação de tal magnitude em nosso país?71

Amanda Athayde, Angélica Vettorazzi

O ambiente político como “*marketplace*” e o uso do lobby como instrumento anticompetitivo79

Amanda Athayde, Isabella Accioly

Defesa da Concorrência e Interfaces Jurídicas

Gênero e Antitruste: O fenômeno poliédrico da discriminação por gênero e seus impactos na defesa da concorrência87

Amanda Athayde, Mariana Piccoli L. Cavalcanti

Non-monetary antitrust sanctions: the brazilian experience between 2012 and 2022 and some additional reflections for international antitrust practice95

Amanda Athayde, Renan Cruvinel

Direito da concorrência e supermercados: como essas plataformas de dois lados podem trazer riscos aos consumidores?.....147

Amanda Athayde

Interfaces entre Seguros D&O, Acordos de Leniência, Termos de Compromisso e Governança Corporativa177

Amanda Athayde, Matheus Vinícius Aguiar Rodrigues

Bumblebee Antitruste? A Inteligência Artificial e seus Impactos no Direito da Concorrência.....211

Amanda Athayde, Marcelo Guimarães

O que o videogame tem a ver com o Cade? Operações na indústria de jogos eletrônicos e análises antitruste237

Amanda Athayde, Leonardo Rocha e Silva, Igor Marques Caldas Machado

Cláusula de não concorrência: interfaces entre antitruste e direito do trabalho no Brasil e nos EUA243

Amanda Athayde, Manuela Mendes Prata, André Peyneau Cúrcio

Concentrações Econômicas (Atos de Concentração)

Fusões Verticais e Conglomerais no Brasil: Lições do passado para construir o futuro253

Amanda Athayde

Fusões verticais e conglomerais pela perspectiva do mercado de trabalho293

Amanda Athayde, Julia Braga

Interlocking Directorates in Brazil: is there an antitrust concern in light of the recent discussions in the USA?.....299

Renê Guilherme S. Medrado, Amanda Athayde, Catarina Lobo Cordão

Ventriloquos antitruste no Brasil? Das participações minoritárias indiretas de investidores institucionais em concorrentes (“*common ownership*”).....307

Amanda Athayde, Mônica Tiemy Fujimoto

Gun Jumping, Controle Prévio de Estruturas e o CADE.....331

Amanda Athayde

Condutas Unilaterais

Medidas preventivas no antitruste: quando e como aplicar, à luz da experiência recente do Cade359

Amanda Athayde, Cristianne Zarzur, Jackson Ferreira

Breves acenos sobre as possíveis condutas anticompetitivas horizontais e verticais implementadas via blockchain.....383

Amanda Athayde, Bárbara Mendes Peres

How government subsidies can change predatory pricing antitrust investigations: finding the antitrust ‘codfish head’ 403

Amanda Athayde, Luis Henrique Perroni Fernandes

Discriminação de preços por algoritmo no varejo online: peculiaridades, condições, obstáculos e desafios da discriminação comportamental..... 421

Amanda Athayde, Carlos Roberto da Rocha Reis

Condutas Coordenadas

Antitruste e anúncios públicos feitos por empresas, associações e sindicatos..... 449

Amanda Athayde, Leonardo Rocha e Silva, Luís Henrique Perroni Fernandes

A primeira condenação de acordos hub-and-spoke no Brasil e sua sinalização antitruste..... 457

Amanda Athayde, Sofia de Medeiros Vergara

Doing the math of cartels: unpuzzling organized corporate crimes.... 467

Amanda Athayde, Bruna Piazzera, Priscila Craveiro, João Victor Freitas, Luiz Guilherme Ros

10 Anos da Lei 12.529/2011: Da improvável à incontornável interface entre concorrência e trabalho 511

Amanda Athayde, Juliana Oliveira Domingues, Nayara Mendonça Silva e Souza

Pipoca com guaraná: combinando acordos de leniência com os do tipo second best 539

Amanda Athayde, Sarah Roriz de Freitas

TCCs em Casos de Cartel no Cade: Meios de obtenção de provas e/ou pactos de ajustamento de conduta? 547

Amanda Athayde, Marco Antonio Fonseca Júnior

O improvável encontro do direito trabalhista com o direito antitruste ..553

Amanda Athayde, Juliana Oliveira Domingues, Nayara Mendonça Silva e Souza

Denunciante Premiado? *Whistleblower* no Brasil e o Direito Antitruste577

Amanda Athayde, Mylena Matos

A evolução dos acordos de leniência e dos TCCS nos 5 anos de vigência da Lei 12.529/2011.....583

Eduardo Frade, Diogo Thomson, Amanda Athayde

Leniência, *Compliance* e o Paradoxo do Ovo ou da Galinha: Do *compliance* como instrumento de autorregulação empresarial611

Amanda Athayde, Ana Frazão

A glimpse into Brazil's experience in international cartel investigations: Legal framework, investigatory powers and recent developments in Leniency and Settlements Policy633

Amanda Athayde, Marcela Campos Gomes Fernandes

Programa de leniência antitruste e repercussões criminais: desafios e oportunidades recentes657

Amanda Athayde, Rodrigo de Grandis

Cartéis internacionais e defesa da concorrência no Brasil683

Vinicius Marques de Carvalho, Amanda Athayde, Bernardo Becker Fontana

Anúncios públicos feitos por empresas, associações e sindicatos: é preciso ter cuidado para não infringir a lei de defesa da concorrência713

Amanda Athayde, Leonardo Rocha e Silva, Luis Henrique Perroni Fernandes

Ações Privadas em Reparação Civil

Se, quando e como aplicar a Lei nº 14.470/2022 nas ações reparatórias por danos concorrenciais? Uma análise sobre a aplicabilidade no tempo das normas de direito material e processual723

Amanda Athayde, Carolina Trevizo

Há embate entre a Lei 14.470/22 e a decisão do STJ no REsp nº 1.971.316/SP?.....751

Renê Guilherme S. Medrado, Amanda Athayde, Gianvito Ardito, Luís Henrique Perroni Fernandes

Ressarcimento voluntário de danos e acordos no Cade: O que isso significa para as ações de reparação de dano por conduta anticompetitiva no Brasil?761

Amanda Athayde, Isabela Maiolino

Da teoria à realidade: o acesso a documentos de acordos de leniência no Brasil769

Amanda Athayde, Andressa Lins Fidelis, Isabela Maiolino

Can shareholders claim damages against company officers and directors for antitrust violations? The Japanese experience and possible lessons to Brazil and Latin America797

Amanda Athayde

Discovery, Leniência, TCC e Persecução Privada a Cartéis: too much of a good thing?819

Amanda Athayde, Andressa Lin Fidelis

**POLÍTICA PÚBLICA DE
DEFESA DA CONCORRÊNCIA**

Amanda Athayde

AS TRÊS ONDAS DO ANTITRUSTE NO BRASIL¹: A LEI 12.529/2011 E O CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA

Publicado originalmente em: *Portal Jota em 01/11/2017.*

Amanda Athayde

Nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência são instrumentais à promoção da dignidade humana”² Trata-se de compreensão em conformidade com o art. 170, cujo *caput* é claro 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”, em obediência aos demais princípios elencados em seus incisos. O princípio da livre concorrência, assegurado em um dos incisos deste artigo da Constituição, não é tido então como um fim em si mesmo, mas “um valor-meio a servir o valor-fim, que vem a ser o bem comum e o interesse da coletividade”³ Há que se reconhecer, portanto, a centralidade da Constituição na condução de questões relacionadas ao Direito da Concorrência no Brasil, “colocando-a como a base e o centro valorativo fundamental do discurso antitruste”.⁴

1 Essa reflexão da autora é apresentada, com maior detalhamento, em seu livro: ATHAYDE, Amanda. *Antitruste, Varejo e Infrações à Ordem Econômica*. São Paulo: Ed. Singular, 2017.

2 GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. *O estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 123.

3 GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Formas de abuso do poder econômico. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XXVI (nova série), n. 66, p. 49. São Paulo: RT, abr.-jun. 1987.

4 FRAZÃO, Ana. A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: CLÈVE; Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2014. p. 139-158. A autora traz como base do seu artigo a discussão inicialmente proposta por: SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência. *Law Review*, v. 106, p. 741-791, 1993.

A questão consiste então em “criar e preservar, nos ditames constitucionais, ambiente no qual as empresas tenham 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”⁵ Para tanto, o art. 173, §4º, da Constituição determina que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à eliminação da concorrência, do domínio de mercados e ao aumento arbitrário dos lucros”. Não basta, assim, que o exercício do poder econômico se adéque a determinada política econômica ou seja geradora de eficiências para estar conforme à ordem econômica constitucional. É necessária a “constitucionalização do direito concorrencial”, de modo que “o controle do exercício do poder econômico não pode ficar sujeito tão somente a critérios econômicos ou consequencialistas”.⁶

Para criar e preservar o ambiente concorrencial e proteger os interesses da coletividade consubstanciados nos princípios constitucionais, a Lei 12.529/2011 é o instrumental da disciplina da concorrência no Brasil. Considerada no bojo do conjunto de valores delineados na Constituição, esta Lei, em seu art. 1º, define que seu objeto é “a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”. Observe-se, portanto, que o direito da concorrência e o controle do poder econômico está intimamente relacionado aos princípios da ordem econômica constitucional. Nesse contexto, acredito que o Direito da Concorrência no Brasil é marcado por três “ondas”.

A primeira “onda” foi aquela marcada pela consolidação institucional do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)

5 FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 189.

6 FRAZÃO, Ana. A necessária constitucionalização do direito da concorrência. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: RT, 2014. p. 139-158.

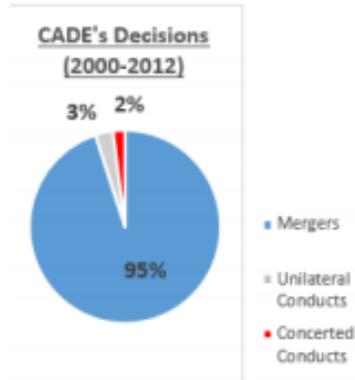
e pelo foco na aplicação das regras do controle de estruturas⁷. Apesar de o Direito da Concorrência encontrar fundamento constitucional no Brasil desde a Constituição de 1946 (cujo marco legislativo foi a Lei 4.137/1962), que permitiu o início do posicionamento institucional do Conselho, sabe-se que o fortalecimento da proteção à ordem econômica e do próprio papel do CADE se deu com a Constituição de 1988 e, posteriormente, com a Lei 8.884/94. Nessa fase, dado que o controle de atos de concentração era posterior (art. 54) e a análise era realizada tanto pelas Secretarias de Direito Econômico (SDE) e de Acompanhamento Econômico (SEAE) quanto pelo CADE, as autoridades antitruste brasileiras dispndiam maior parte do tempo e dos recursos no controle de estruturas. Dados estatísticos oficiais indicam que, entre os anos 2000 e 2012, aproximadamente 95% dos julgamentos do Conselho diziam respeito a atos de concentração, ao passo que 3% diziam respeito a condutas unilaterais e 2% a condutas coordenadas.^{8 9} Em que pesem as importantes iniciativas

7 Para maiores informações sobre o controle de estruturas, sugere-se: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros, 2002.

8 Dados estatísticos disponíveis em: <www.cade.gov.br/cadeemnumeros>. Disponível também em: Contribution from Brazil, Session I: Cartels: Estimation of Harm in Public Enforcement Actions. OECD Latin American and Caribbean Competition Forum 2017. <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2017\)21/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2017)21/en/pdf)>.

9 Sobre a diferenciação entre condutas coordenadas e condutas unilaterais: “A classificação usualmente adotada pela literatura antitruste para a análise de condutas anticoncorrenciais tem por critério inicial a caracterização da conduta como uma prática coordenada entre as empresas (i.e., acordo) ou como uma prática unilateral de apenas uma empresa. Condutas coordenadas ou unilaterais, por sua vez, podem ser classificadas como (i) *horizontais*, quando envolvem empresas que atuam em um mesmo mercado (i.e., se envolve concorrentes diretos) ou (ii) *verticais*, quando afetam elos distintos de uma cadeia produtiva (i.e., empresas com relação fornecedor-cliente)”. PEREIRA NETO, Caio Mário S.; CASAGRANDE, Paulo L. *Direito concorrencial – Doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 80. Ademais, a respeito dessa diferenciação: “Como anota corretamente Paolo Buccirossi, as ‘condutas unilaterais’ são, no fundo, uma categoria conceitual construída a partir da típica divisão tripartite feita pelas legislações antitruste mais tradicionais entre possíveis ações danosas ao mercado, divisão essa que costuma submeter a regimes de análise distintos (i) as fusões, (ii) os acordos entre concorrentes e (iii) as ações unilaterais das empresas no mercado. (...) É claro que essa distinção comporta diversos temperamentos e, como alerta o próprio autor acima citado, é possível analisar restrições verticais, por exemplo, tanto como acordos anticompetitivos como sob a ótica dos abusos de posição dominante. Contudo, há algo de muito próprio às condutas unilaterais, que

de iniciação de novas investigações de condutas anticompetitivas pela SDE, poucos desses casos eram julgados pelo CADE – e, quando eram julgados, demoravam anos para tanto, que perdiam parte do seu fator dissuasório.



Fonte: OCDE, Brazilian Contribution, 2017.¹⁰

Entendo que esse cenário se altera com a edição da Lei 12.529/2011, que permite o início de uma segunda “onda” do antitruste no Brasil, a partir de maio de 2012. A nova Lei de Defesa da Concorrência previu o controle preventivo de atos de concentração e a possibilidade de aprovação desses atos pela Superintendência-Geral, sem a necessária revisão do Tribunal do CADE.¹¹ Essa configuração institucional deu agilidade à análise concorrencial e permitiu que

é seu tratamento, sempre, sob a ótica do abuso de direito. Ao contrário de muitos acordos anticompetitivos, que podem ter a restrição à concorrência como seu próprio objeto, as condutas unilaterais, de seu turno, em geral são expressões genuínas da própria agressividade empresarial em um contexto de mercado”. VERÍSSIMO, Marcos Paulo. As condutas unilaterais e o mecanismo de consultas administrativas ao Cade. In: CARVALHO, Vinícius M. (Org). *A nova Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da concorrência*. São Paulo: Singular, 2015.

10 OCDE. Contribution from Brazil (Amanda Athayde, Eduardo Frade e Diogo Thomson). Session I: Cartels: Estimation of Harm in Public Enforcement Actions. 4-5 April 2017, Managua, Nicaragua. Disponível em: < [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2017\)21/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2017)21/en/pdf) >.

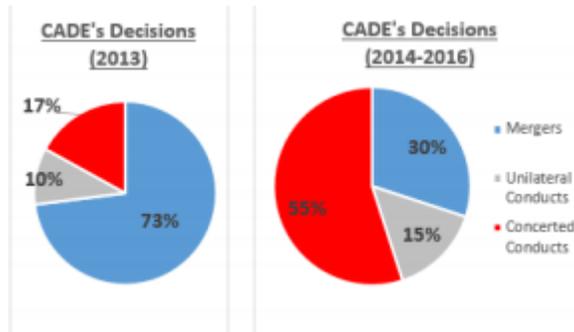
11 Para maiores informações sobre a mudança do controle posterior para o controle prévio dos atos de concentração no Brasil, a partir do advento da Lei 12.529/2011, sugere-se: CORDOVIL, Leonor et al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011*. São Paulo: Singular, 2012. p. 195-216.

o Conselho reduzisse o volume de atos de concentração analisados. Esse movimento também permitiu que o Plenário do Tribunal do CADE julgasse importantes casos de condutas anticompetitivas que constavam em seu estoque, pendentes de decisão. A partir dessa alteração legislativa e institucional, foi possível observar julgamentos relevantes de Processos Administrativos relacionados, sobretudo, a condutas coordenadas.

Dados estatísticos indicam que, em 2013, 73% dos julgamentos do Conselho ainda diziam respeito a atos de concentração, 10% tratavam de condutas unilaterais e 17% de condutas coordenadas. Se esses dados já representariam uma alteração significativa no padrão de julgamentos da autoridade antitruste (pelo aumento significativo dos julgamentos de condutas anticompetitivas), os anos seguintes confirmam essa mudança no padrão de julgamento do CADE. Entre 2014 e 2016, o Plenário do Tribunal do CADE julgou aproximadamente 30% de casos referentes a atos de concentração, 15% de condutas unilaterais e 55% de condutas coordenadas.¹² Observa-se, assim, o foco do Tribunal do CADE no controle de condutas¹³ coordenadas (sobretudo de cartéis).

12 Dados estatísticos disponíveis em: <www.cade.gov.br/cadeemnumeros>. Disponível também em: Contribution from Brazil, Session I: Cartels: Estimation of Harm in Public Enforcement Actions. OECD Latin American and Caribbean Competition Forum 2017. <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2017\)21/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2017)21/en/pdf)>.

13 Para maiores informações sobre o controle de condutas, sugere-se: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros, 2008.



Fonte: OCDE, Brazilian Contribution, 2017.¹⁴

Acredito que ainda estamos, em 2017, vivenciando essa segunda “onda” do antitruste no Brasil. A Superintendência-Geral tende a priorizar a análise dos atos de concentração, dado que possuem prazos não suspensivos de análise (art. 88 da Lei 12.529/2011) e porque configuram instrumento essencial para a continuidade da atividade econômica no país. Ademais, são priorizadas as investigações de cartéis (art. 36, §3º, I e II, da Lei 12.529/2011), possivelmente por serem consideradas as condutas mais deletérias à sociedade e cuja responsabilização dos agentes econômicos se dá pela regra da conduta pelo objeto – em contraposição ao tipo de ilícito pelos efeitos.¹⁵ Ademais, vivencia-se um crescimento exponencial de investigações de cartéis em licitação, fomentadas pela investigação Lava Jato.¹⁶ As

14 OCDE. Contribution from Brazil (Amanda Athayde, Eduardo Frade e Diogo Thomson). Session I: Cartels: Estimation of Harm in Public Enforcement Actions. 4-5 April 2017, Managua, Nicaragua. Disponível em: < [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF\(2017\)21/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/LACF(2017)21/en/pdf) >.

15 A discussão a respeito da diferenciação entre as condutas pelo objeto e as condutas pelos efeitos possui origem legal, dado que o art. 36 da Lei 12.529/2011 (que era também reproduzido, em parte, no art. 20 da anterior Lei 8.884/94) prevê expressamente que “[c]onstituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, *que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados*”. A respeito dessa diferenciação, sugere-se a leitura do voto paradigmático do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no Processo Administrativo 08012.006923/2002-18 (ABAV) e no Processo Administrativo 08012.001271/2001-44.

16 Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,cade-investiga-30-carteis-formados-por-empresas-envolvidas-na-lava-jato,10000089064>>.

condutas unilaterais, assim, ainda tendem a não serem prioritárias, o que traz a preocupação de renomados acadêmicos brasileiros, como os Professores Calixto SALOMÃO FILHO¹⁷ e Paula FORGIONI¹⁸.

Nesse sentido, entendo que a terceira “onda” do antitruste, ainda a ser iniciada no Brasil, deverá ser caracterizada pela retomada das investigações e dos julgamentos de condutas unilaterais¹⁹. Uma vez consolidado o novo método de análise prévia dos atos de concentração²⁰, bem delineado o rito de investigação da Superintendência-Geral, reduzidos os estoques de processos relacionados, sobretudo, a cartéis em licitação, e consolidados os precedentes de condenação e arquivamento de cartéis nacionais e internacionais²¹, os advogados, acadêmicos, empresas e o próprio CADE poderão voltar suas atenções àquelas condutas mais dispendiosas de tempo de análise, que devem

17 SALOMÃO FILHO critica o que considera ser uma “paralisia do antitruste”, segundo a qual estar-se-ia relegando ao direito da concorrência um tratamento meramente prático e casuístico, procurando seus aplicadores interpretar caso a caso qual a melhor aplicação e interpretação (geralmente econômica) da ideia de eficiência. SALOMÃO FILHO, Calixto. A paralisia do antitruste, in. *Estudos de Direito Econômico e Economia da Concorrência* – em homenagem ao Prof. Fábio Nusdeo. GABAN, Eduardo Lolan. DOMINGUES, Juliana Oliveira (Org.). Curitiba: Juruá Editora, 2009. pp. 15-32.

18 FORGIONI aguarda “que, nos próximos anos, o CADE passe a efetivamente coibir abusos de posição dominante e outras práticas bastante lesivas aos consumidores e à fluência de relações econômicas”. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 125.

19 Sobre a diferenciação entre condutas coordenadas e condutas unilaterais: “A classificação usualmente adotada pela literatura antitruste para a análise de condutas anticoncorrenciais tem por critério inicial a caracterização da conduta como uma prática coordenada entre as empresas (i.e., acordo) ou como uma prática unilateral de apenas uma empresa. Condutas coordenadas ou unilaterais, por sua vez, podem ser classificadas como (i) *horizontais*, quando envolvem empresas que atuam em um mesmo mercado (i.e., se envolve concorrentes diretos) ou (ii) *verticais*, quando afetam elos distintos de uma cadeia produtiva (i.e., empresas com relação fornecedor-cliente)”. PEREIRA NETO, Caio Mário S.; CASAGRANDE, Paulo L. *Direito concorrencial* – Doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 80.

20 Essa consolidação pode ser vislumbrada, por exemplo, pela divulgação de dois Guias de Análise pelo Cade. O primeiro deles foi o Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal, e o segundo deles, bastante recente, o Manual interno da Superintendência-Geral para atos de concentração apresentados sob o rito ordinário.

21 Sobre as investigações de cartéis internacionais pelo Brasil, sugere-se: ATHAYDE, Amanda; FERNANDES, Marcela. A glimpse into Brazil’s experience in international cartel investigations: legal framework, investigatory powers and recent developments in Leniency and Settlements Policy, *Concurrences Review* n. 3-2016.

ser estudadas como condutas pelos efeitos, compreendidas sob a regra da razão²². Se essa terceira “onda” já seria, por si só, desafiadora, há um elemento adicional a se ter em mente: os novos parâmetros trazidos pela concorrência virtual em mercados digitais.²³

Uma vez superadas, portanto, a primeira e a segunda “ondas” do antitruste no Brasil, acredito que será possível iniciarmos, em um futuro próximo, essa futura terceira “onda”, na qual será retomada uma acepção mais ampla de antitruste no Brasil, não concentrada quase que exclusivamente em atos de concentração e no combate a cartéis.

22 A respeito da diferenciação entre a regra da razão e a regra *per se* como formas de análise dos ilícitos, sugere-se: MENDES, Francisco S. *O controle de condutas no direito concorrencial brasileiro: características e especificidades*. Brasília: UnB, 2013. p. 60-64. Para FORGIONI, a regra da razão seria uma primeira “válvula de escape” antitruste, destinada a viabilizar a realização de determinada prática, ainda que restritiva à concorrência, afastando-se barreiras legais à sua concretização. FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 7. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 194-201.

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

A TERCEIRA ONDA DO ANTITRUSTE NO BRASIL: MAROLINHA OU TSUNAMI? REFLEXÕES DIANTE DO HISTÓRICO DE INVESTIGAÇÕES E DE ACORDOS SOBRE CONDUTAS UNILATERAIS NO BRASIL

Publicado originalmente em: *Portal Conjur em 01/03/2021.*

Amanda Athayde

Patrícia Jacobs

Em 2017, Athayde publicou artigo intitulado “*As três ondas do antitruste no Brasil*”²⁴, em que argumentou que a terceira “onda” do antitruste, ainda a ser iniciada, deveria ser caracterizada por maior ênfase em investigações e julgamentos de condutas unilaterais. Isso seria possível graças ao desenvolvimento do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência que, estruturado pela Lei 12.529/ 2011, consolidou o método de análise prévia dos atos de concentração (primeira “onda”). Mais que isso, o novo arcabouço legal permitiu que o Cade se debruçasse também sobre os estoques de processos relacionados, sobretudo, a cartéis em licitação, estabelecendo precedentes de condenação e arquivamento de casos envolvendo cartéis nacionais e internacionais (segunda “onda”). Assim, advogados, acadêmicos, empresas e o próprio Cade poderiam voltar suas atenções àquelas investigações mais dispendiosas de tempo de análise, que devem ser estudadas pelos efeitos, compreendidas sob a regra da razão, que são as condutas unilaterais.

Mais tarde, em 2019, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), em seu relatório “*OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil, 2019*”²⁵, parece ter

24 Artigo disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/as-tres-ondas-do-antitruste-no-brasil-01112017>.

25 OCDE. *OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil, 2019*. Disponível em: www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm.

corroborado esse diagnóstico da autora. O órgão multilateral observou que “as atividades do Cade contra abuso de posição dominante têm sido escassas”. A OCDE encontrou explicações para isso na ênfase dada pelo Cade, nos anos que se seguiram à nova Lei de Defesa da Concorrência (Lei 12.529/ 2011), à implementação do novo sistema de controle de concentração de análise *ex-ante* (similarmente ao argumentado por Athayde, como uma primeira “onda” do antitruste no Brasil). Em um segundo momento, a OCDE apontou que a partir de 2014 o Cade teria passado a dar atenção ao programa de combate a carteis (o que Athayde chamou de “segunda onda”). Logo depois, os casos resultantes da Operação Lava Jato apresentaram grande demanda pela aplicação do mecanismo dos Acordos de Leniência. Em pouco tempo, a autarquia teve que se adaptar à legislação e a novas demandas, oferecendo resultados bem avaliados dentro e fora do Brasil.

No relatório, a OCDE observa, porém, que “o exercício abusivo de posição dominante não tem sido uma prioridade na apuração de condutas por parte do Cade desde a entrada em vigor da nova Lei de Defesa da Concorrência” (Lei 12.529/ 2011)²⁶. O documento avaliativo da OCDE também entende que a quantidade de casos de conduta unilateral resolvida por meio de acordos é muito grande, o que leva à interrupção de investigações e a uma escassez de precedentes julgados sobre as infrações, prejudicando o estabelecimento de limites claros para a atuação das empresas em seus mercados. Tais fatores que se retroalimentam, combinados, atrasam a maturidade da instituição na avaliação desses casos, desestimulando ainda que agentes econômicos tragam denúncias à autoridade antitruste nacional.

A OCDE também observou que, diferentemente das práticas internacionais em outras jurisdições, grande parte dos Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) nesses casos de condutas unilaterais é firmada no âmbito do Cade tardiamente, já no último estágio do processo administrativo, quando o caso está em fase de

26 OCDE, 2019, op. cit., p. 186.

análise no Tribunal. Nesse estágio, esforços já foram empreendidos pela administração pública, desperdiçando, assim, o potencial de eficiência que um TCC pode representar ao poupar recursos e tempo empenhados na análise do caso específico. Afirmam a OCDE, ainda, que se formam “poucos precedentes para servir de diretriz à comunidade empresarial nessa complexa área do direito”²⁷, recomendando ao Cade “aumentar o número de investigações envolvendo potencial abuso de posição dominante”²⁸. Ao sinalizar para possíveis remédios para esse problema, a OCDE observou que, diferentemente do que acontece nas demais áreas de atuação do Cade, falta no Brasil uma equipe dedicada a casos de abuso de posição dominante.

Ciente da necessidade de pesquisas acadêmicas sobre a prática empírica do Cade no âmbito das condutas unilaterais, a pesquisa de Jacobs²⁹ vem suprir essa lacuna, ao realizar levantamento de dados, exaustivo e inédito, sobre a prática do Cade com relação a acordos em casos de conduta unilateral entre 2012 e 2019. A autora, em pesquisa de fôlego, concluída em novembro de 2020, acaba por lançar nova e inexplorada luz sobre as observações feitas pela OCDE.

A autora inicialmente mapeou a existência de 318 investigações referentes a condutas unilaterais concluídas pelo Cade entre 2012 e 2019. Desse total, 180 processos foram arquivados na Superintendência-Geral (57%). As demais investigações, que totalizam 138, tiveram seu desfecho decidido pelo Tribunal do Cade: 17 foram objeto de condenações (12%), 45 foram arquivadas (33%) e 76 foram suspensas por homologação de TCCs (55%).

Em seguida, Jacobs calculou precisamente o prazo dispendido pelo órgão entre a abertura de um caso e a assinatura do respectivo TCC. Por meio desse dado, a autora buscou avaliar a eficiência da

27 OCDE, 2019, op. cit., p. 179.

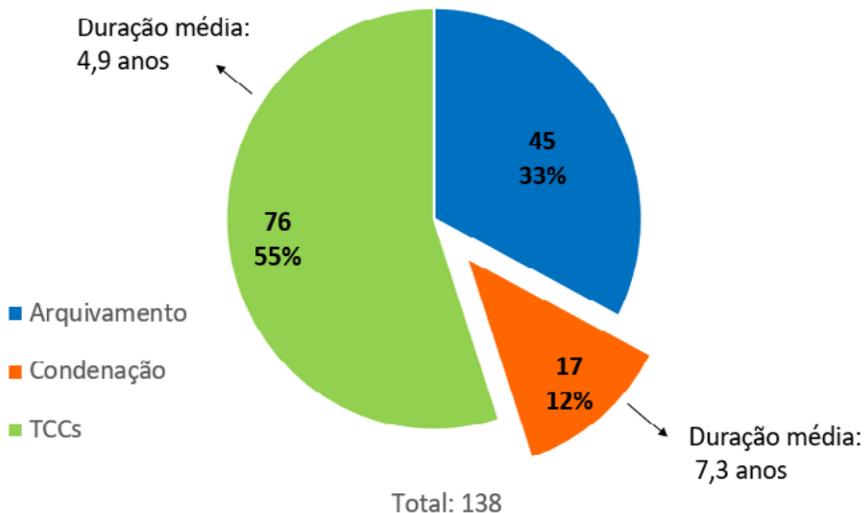
28 OCDE, 2019, op. cit., p. 186.

29 JACOBS, Patrícia. *Análise da eficiência do Cade na celebração de Termos de Compromisso de Cessação em Condutas Unilaterais entre 2012 e 2019*. Trabalho apresentado ao curso de Pós-Graduação em Defesa da Concorrência e Direito Econômico, lato sensu, da Fundação Getúlio Vargas como requisito parcial para a obtenção do Grau de Especialista.

política de acordos do Cade e, assim, verificar se, como afirmou a OCDE, a celebração tardia de TCCs comprometeria a economicidade e a celeridade processual, reduzindo as vantagens oferecidas por acordos administrativos, segundo referências teóricas existentes sobre esses instrumentos.

Os dados consolidados por Jacobs apontam que o Cade leva, em média, 4,9 anos entre instaurar um processo e a assinatura de TCC em casos de conduta unilateral (76 investigações entre 2012 e 2019). Por outro lado, o prazo decorrido entre a abertura do procedimento administrativo (procedimento preparatório, inquérito administrativo ou processo administrativo) e a decisão da corte administrativa pela condenação foi sensivelmente maior: 7,3 anos para julgar casos de conduta unilateral. Ou seja, os poucos processos que levam a condenações em casos de conduta unilateral (17 entre 2012 e 2019) têm tramitação 50% mais longa que aqueles em que há acordo entre a instituição e agentes econômicos.

Gráfico 1 – Casos de condutas unilaterais julgados pelo Tribunal do Cade entre 2012 e 2019

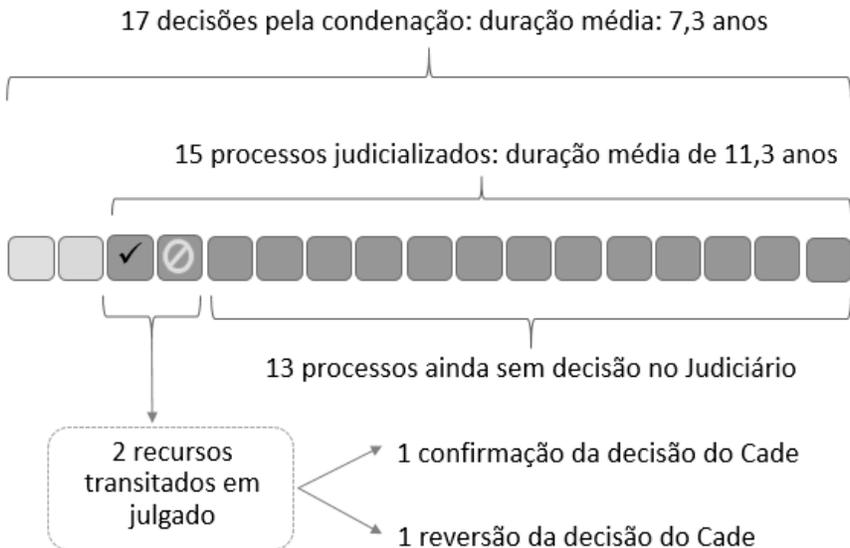


Fonte: Jacobs, com base nos dados do Cade.

Jacobs também consolidou informações sobre o destino dessas 17 condenações do Cade em casos de conduta unilateral, e constatou que apenas em dois deles não houve recurso judicial. Ou seja, a inexistência de questionamento judicial é a exceção, já que a regra é o recurso: em 88% dos casos (15 processos administrativos) a Justiça foi acionada por agentes econômicos inconformados com a condenação pelo órgão.

Das 15 decisões condenatórias de condutas unilaterais do Tribunal do Cade em que houve recurso judicial, somente duas haviam transitado em julgado até a conclusão da pesquisa. Com os marcadores de tempo utilizados, Jacobs constatou que, se levada em conta a revisão das decisões do Cade no Poder Judiciário, os processos de conduta unilateral duram em média 11,3 anos. E esse prazo tende a ser mais longo, já que na maioria dos casos (13 entre 15 dos processos judicializados) ainda não havia sido proferida uma sentença final da Justiça.

Figura 1 – Desfecho das 17 condenações do Tribunal em Condutas Unilaterais entre 2012 e 2019



Fonte: Jacobs, com base nos dados do Cade.

Assim, Jacobs conclui, em seu estudo, que a “ampla vantagem da eficiência dos acordos, em vez de estar apoiada nas virtudes administrativas do Cade, infelizmente, só pode ser vista sob um ponto de vista relativo. Isso porque, dos dados sobre prazos e resultados de processos de conduta unilateral em que não se registra celebração de TCC, emergem informações que demonstram que a duração dos casos é muito superior à daqueles em que há acordos”.

Outra realidade identificada pela autora tem impacto indesejado nas decisões do Cade: dos dois casos em que já houve sentença final do Judiciário, em apenas um a decisão do Cade foi confirmada. Isso demonstra, segundo a autora, que não há qualquer previsibilidade de que a tão desejada jurisprudência a ser formada em condenações a agentes econômicos será, ao final e ao cabo, formada, como sugere a OCDE. Assim, Jacobs pondera, com base também no que argumentam diversos outros estudiosos, que a falta de traquejo do Judiciário brasileiro em lidar com casos complexos e especializados derivados do Direito da Concorrência leva a distorções de prazo, eficiência e, também, eficácia da administração pública. Ainda que não seja esse um cenário ideal, afirma Jacobs, “os acordos administrativos são muito menos morosos que os casos judicializados e ainda permitem, pela via consensual, a cessação da possível infração anticoncorrencial. Mais que isso, por todos os prismas, os acordos e seus resultados são menos imprevisíveis que os que advêm dos litígios no Judiciário”.

Diante desse *sui generis* contexto brasileiro, Athayde e Jacobs convergem em suas percepções sobre a necessidade de se aprofundar o enfoque do antitruste brasileiro em condutas unilaterais, de forma a se confirmar como uma “terceira onda” para o direito da concorrência no país. A forma exata dessa implementação, porém, ainda merece maior esforço da autoridade brasileira. A inércia é que não pode prevalecer.

Jacobs sugere, diferentemente do que aponta a OCDE, que o Cade dê ainda maior ênfase à sua política de acordos em casos de abuso de posição dominante. E elenca iniciativas que podem aperfeiçoar a resposta institucional e, assim, tornar mais efetivas, eficientes e

eficazes as decisões do Cade. Entre as medidas citadas estão: a busca por acordos ainda na fase de investigação na Superintendência-Geral e a especialização do corpo técnico do órgão, que hoje se divide entre análises de atos de concentração e a apuração de infrações à ordem econômica. Assim, profissionais dedicados a casos de condutas anticompetitivas unilaterais também seriam capazes de monitorar os desdobramentos dos TCCs. Com iniciativas como essas, o Cade poderia ter à sua disposição formas mais eficientes para fazer cessar uma conduta potencialmente danosa ao mercado e sinalizar às empresas quais práticas são consideradas toleráveis em um ambiente econômico saudável.

Athayde, por sua vez, entende ser imprescindível a formação de jurisprudência sobre condutas unilaterais no Brasil. Ainda que haja posterior debate judicial, com eventual reversão da decisão, a autora reconhece que toda essa discussão, na seara administrativa e no Judiciário, servirá para a função mais ampla de difusão do direito da concorrência no Brasil. Caso haja uma anulação da decisão do Cade, a autoridade antitruste poderá reconhecer tal fato como parte natural da sua evolução institucional e, nos próximos casos, avaliar o que na argumentação deve ser aprimorado ou revisto, a fim de que nova anulação não aconteça. Caso haja a confirmação da decisão judicial, o posicionamento da autoridade antitruste ficará ainda mais forte, de modo que o precedente servirá como elemento de sinalização do mercado.

Ainda que a formação de jurisprudência seja evidentemente muito lenta (já que em apenas um caso a condenação pelo tribunal do Cade foi confirmada pelo Judiciário no período de oito anos analisado por Jacobs), Athayde entende que é preciso reforçar o arranjo institucional que prevê recursos judiciais e os debates competentes nesse fórum, inclusive com possibilidade de eventual reversão da decisão da autarquia. Tanto a confirmação das decisões do Cade como as críticas e reformas que advierem do Judiciário são parte natural da evolução institucional do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Com essa experiência consolidada, o que se espera,

desde a doutrina que lança as bases para a organização do Estado moderno, é que a autoridade antitruste aprimore e reveja seus próprios processos internos, inclusive os decisórios, para que possa travar os debates judiciais que se seguirem de forma mais madura, eficiente e eficaz. Esse arranjo institucional forte, que envolve a legislação vigente e sua interpretação tanto no Executivo quanto no Judiciário, é que poderá fornecer a sinalização ao mercado dos limites toleráveis à competição, conforme os ditames constitucionais que determinam o fomento de um ambiente econômico saudável. Aprendendo com acertos e erros, o Cade poderá ampliar sua autoridade ao lidar com condutas unilaterais, e, assim, consolidar o que Athayde chamou de terceira “onda” do sistema antitruste nacional.

Qualquer que venha a ser a posição a respeito dos próximos passos, Jacobs e Athayde convergem então que os dados sobre a realidade de como o Cade lida atualmente com casos de abuso de posição dominante, como os levantados por Jacobs, devem servir, então, para orientar a prática institucional e para ajudar a sopesar as vantagens de acordos *vis a vis* a necessária formação de jurisprudência do Tribunal administrativo, tendo em vista ainda a possível revisão pelo Judiciário, sempre, como reza a lei, com a defesa do interesse público como princípio condutor de toda a atuação.

Ambas as autoras sugerem, assim, que o Cade se valha das análises disponíveis no trabalho de Jacobs para trilhar caminhos que levem o órgão a explorar plenamente o potencial oferecido pela legislação de 2011 na análise de condutas anticoncorrenciais unilaterais. Desse modo, a autoridade antitruste pode deflagrar a “terceira onda” do antitruste no Brasil, como identificado por Athayde, transformando-a em um tsunami — e evitando que se torne apenas uma marolinha.

VERSÃO COMPLETA NO KINDLE