

REVISTA DO

# Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

Número 2 - 2023

**IBRAC** | INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS  
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E  
COMÉRCIO INTERNACIONAL



# REVISTA DO IBRAC

São Paulo

Número 2- 2023

ISSN 1517-1957

**IBRAC** | INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS  
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E  
COMÉRCIO INTERNACIONAL

## **Editores Responsáveis**

Flávia Chiquito dos Santos  
Leonardo Peixoto Barbosa  
Fernando Amorim

## **Conselho Editorial**

Amanda Athayde  
Amanda Flávio de Oliveira  
Ana Frazão  
Ana Paula Martinez  
Caio Mario da Silva Pereira Neto  
Carlos E. Joppert Ragazzo  
Diogo Coutinho  
Juliana Oliveira Domingues  
Juliano Maranhão  
Leonor Cordovil  
Lucia Ancona Lopez de Magalhães Dias  
Marcos Paulo Veríssimo  
Paulo Furquim de Azevedo  
Vicente Bagnoli

IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121

05013-001 - São Paulo - SP Brasil

Tel: 55 11 3872 2609

[www.ibrac.org.br](http://www.ibrac.org.br)

[ibrac@ibrac.org.br](mailto:ibrac@ibrac.org.br)

## DIRETORIA E CONSELHO DO IBRAC 2022- 2023

### **Diretor Presidente**

Bruno de Luca Drago

### **Diretor Vice-Presidente**

Renê Guilherme da Silva Medrado

### **Diretora Institucional Vice-Presidente**

Priscila Brolio Gonçalves

### **Diretor de Concorrência**

Guilherme Favaro Corvo Ribas

### **Diretor de Comercio Internacional**

Carolina Monteiro de Carvalho

### **Diretora de Relações de Consumo**

Fabiola Meira de A. Breseghello

### **Diretora de Publicações**

Flávia Chiquito dos Santos

### **Diretor de Compliance e Investigações**

Maria Cecília Andrade

### **Diretor de Contencioso e Arbitragem**

José Inacio F. de Almeida Prado Filho

### **Diretor de Regulação**

Mateus Piva Adami

### **Diretor de Economia**

Bernardo Gouthier Macedo

### **Diretora de Relações Institucionais**

Adriana Giannini

### **CONSELHO DELIBERATIVO**

Barbara Rosenberg - Presidente

Ricardo Inglez de Souza - Vice-Presidente

Aurélio Marchini

Bruno Droghetti Magalhães Santos

Caio Mario Pereira

Daniel Andreoli

Denis Alves Guimarães

Denise Junqueira

Eduardo Gaban

Enrico Spini Romanielo

Eric Jasper

Fabiana Ferreira de Mello Tito

Fabício A. Cardim de Almeida

Guilherme Teno Castilho Misale

José Alexandre Buaziz Neto

Joyce Midori Honda

Laura Beatriz de Souza Morganti

Lucia Ancona L. de Magalhães Dias

Luis Nagalli

Marcela Mattiuzzo

Marcio Dias Soares

Mario Girasole

Patrícia Agra

Paula Müller Ribeiro Bernini

Paulo Leonardo Casagrande

Pedro Paulo Salles Cristofaro

Pedro Zanotta

Ricardo Casanova Motta

Rodrigo Zingales

Sílvia Fagá de Almeida

Sonia Marques Döbler

Tatiana Lins Cruz: TozziniFreire

Thais Matallo Cordeiro Gomes

Thiago Brito

Tiago Machado Cortez

Lauro Celidonio

Marcio de Carvalho Silveira Bueno

Eduardo Caminati Anders

Cristianne Saccab Zarzur

Mauro Grinberg

Marcelo Procópio Calliari

Tito Amaral de Andrade

Sérgio Varella Bruna

Ubiratan Mattos

Carlos Francisco de Magalhães

## SUMÁRIO

**CHECKLIST DE CONTRATOS ASSOCIATIVOS: COMO O CADE IDENTIFICA OS CRITÉRIOS DE EMPREENDIMENTO COMUM E COMPARTILHAMENTO DE RISCOS E RESULTADOS APÓS 2017?**

Vívian Salomão Ianelli ..... 7

**SLOUCHING TOWARDS BEHAVIORAL ANTITRUST: THE (LIMITED) BRAZILIAN EXPERIENCE AND THE EUROPEAN GOOGLE CASES AS AN EXPERIMENT ON ONLINE CHOICE ARCHITECTURE**

Julia Krein, Vitória Oliveira ..... 31

**SILENCE IS NOT GREEN: WHY GUIDANCE REGARDING SUSTAINABILITY AGREEMENTS IS CRUCIAL**

Ana Carolina Folgosi Bittar, Fernanda Hormung Victor, Mariana Llamazalez Ou ... 63

**AGGREGATED SEGREGATION AND THE MINORITY CONSUMER WELFARE**

Roberto Domingos Taufick ..... 88

**A ATUAÇÃO DO CADE DEVE SER INFLACIONADA? UMA ANÁLISE SOBRE EM QUE MEDIDA A INFLAÇÃO FOI, É E DEVE SER CONSIDERADA NA ANÁLISE CONCORRENCIAL**

Alessandro Pezzolo Giacaglia Beatriz Kenchian Catarina Lobo Cordão ..... 117

**A REGULAÇÃO DE PLATAFORMAS DIGITAIS NO BRASIL: É POSSÍVEL UMA ABORDAGEM PREVENTIVA?**

Allan Fuezi Barbosa ..... 150

**ENCONTRANDO A CABEÇA DE BACALHAU DO ANTITRUSTE: COMO OS SUBSÍDIOS GOVERNAMENTAIS PODEM MUDAR AS INVESTIGAÇÕES DE PREÇOS PREDATÓRIOS?**

Amanda Athayde Luis Henrique Perroni Fernandes ..... 179

**PERFIL DO POTENCIAL DE EXPORTAÇÕES AFETADAS PELO DEFORESTATION ACT NO BRASIL**

Gustavo Madi Rezende Verônica Lazarini Cardoso Bernardo Riatto Perrotti..... 199

**5G NO BRASIL: EQUILÍBRIO ENTRE COOPERAÇÃO E CONCORRÊNCIA**

Ana Valéria Fernandes, Giovana Mezher, Isabela Pannunzio, Julia Braga, Leonardo de Paula, Luiz Eduardo Jahic, Matheus Carvalho, Maria Paula Andrade, Rebeca Juvenal, Thales Lemos..... 218

**REWRITING CADE: A PROPOSAL FOR THE “FEMINIST JUDGEMENTS”  
AGENDA IN BRAZILIAN COMPETITION LAW**

Anna Binotto, Daniel Campos ..... 254

## **CHECKLIST DE CONTRATOS ASSOCIATIVOS: COMO O CADE IDENTIFICA OS CRITÉRIOS DE EMPREENDIMENTO COMUM E COMPARTILHAMENTO DE RISCOS E RESULTADOS APÓS 2017?**

*Checklist of associative contracts figure: how does Cade identify the common undertaking and the risk and result sharing criteria after 2017?*

Vívian Salomão Ianelli<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente artigo tem como finalidade explorar a jurisprudência do Cade sobre contratos associativos com base na Resolução nº 17/2016 do Cade focando na análise dos critérios de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados. A análise realizada envolveu as decisões do Cade em 82 casos entre 2017 e 2022. Com base nesses dados, foram obtidas informações quantitativas sobre casos envolvendo contratos associativos como a quantidade de casos com análise específica dos critérios da Resolução, os tipos de contrato geralmente submetidos ao crivo do Cade e a relação entre a análise dos critérios em foco nas decisões. Também foi possível elaborar uma análise qualitativa o que gerou uma lista de perguntas (*checklist*) para cada um dos critérios citados considerando as principais características avaliadas pelo Cade para definição da existência ou não deles. Dentre as principais conclusões, foi possível identificar que ainda não há um padrão de análise desses critérios e que parte relevante das análises do Cade são mantidas em acesso restrito às partes envolvidas e à autoridade, reduzindo a previsibilidade da decisão e a segurança jurídica.

**Palavras-chave:** Cade; Contratos Associativos; Empreendimento Comum; Compartilhamento de Riscos e Resultados; Resolução nº 17/2016.

**Abstract:** The article aims to explore Cade's jurisprudence about associative contracts based on Cade's Resolution 17/2016, focusing on the analysis of the common enterprise undertaking and risk and result sharing criteria. The analysis gathered Cade's decision in 82 cases from 2017 to 2022. Based on this data, the author obtained quantitative information about associative con-

---

<sup>1</sup> Advogada com atuação em Direito Concorrencial. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e mestranda na mesma instituição na área de direito concorrencial. Experiências prévias de estágio no CADE (durante a graduação) e na OCDE (durante a pós-graduação) em Paris. Artigos publicados sobre direito antitruste no livro III organizado pela Women in Antitrust (WIA), no volume V do livro Comércio Internacional e Concorrência organizado pela prof. Amanda Athayde e no livro Ideias em Competição 10 Anos do Prêmio IBRAC-TIM.

tract cases such as the number of cases with the specific analysis of the before mentioned Resolution, the type of contracts usually notified to Cade and the relationship between the analysis of both criteria targeted in this article within those decisions. It was also possible to elaborate qualitative analysis that culminated in a checklist for each of the criteria under discussion considering their main characteristics considered by Cade for the definition of their existence or not. The main conclusions were that there is no standard analysis by Cade of this criteria and most of the decision is kept restrict to the parties and the authority itself, which reduces legal certainty and the decision's predictability.

**Keywords:** Cade; Associative Contracts, Common Undertaking, Risk and Result Sharing, Resolution nº 17/2016.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Aspectos quantitativos da pesquisa. 3.1. Resultados dos casos envolvendo contratos associativos. 3.2. Tipos de contratos associativos analisados e seus respectivos resultados. 3.3. Quantitativo dos critérios de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados. 4. Aspectos qualitativos da pesquisa. 4.1. Empreendimento comum para exploração de atividade econômica. 4.2. Compartilhamento de riscos e resultados. 5. Conclusão.

## 1. Introdução

O controle de estruturas, por meio da análise de atos de concentração (ACs) pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), está em constante evolução principalmente após a vigência da Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência – LDC) que prevê a análise *ex ante* de concentrações no mercado. A análise prévia de rearranjos contratuais e societários traz como principal vantagem uma prevenção de concentrações que possam prejudicar a concorrência em determinados mercados.

Para a caracterização de ACs, a legislação brasileira definiu, no artigo 90<sup>2</sup>, um rol de situações em que as empresas têm o dever de notificar e o Cade, o dever de atuar – desde que cumpridos os critérios de faturamento

---

<sup>2</sup> “Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture.” LDC.



mínimo previstos na mesma lei. Dentre essas opções, inclui-se a celebração de contratos associativos. A fim de evitar que as partes ficassem limitadas a um rol taxativo dos tipos de concentrações de notificação obrigatória do artigo 90, o inciso IV incluiu, na mesma lista de *joint ventures* e consórcios, a figura genérica dos contratos associativos.<sup>3</sup>

Justamente por se tratar de figura ampla, o contrato associativo precisou de definição específica por meio de resolução do Cade após a vigência da LDC para que se pudesse avaliar a necessidade de acionar o controle de estruturas nesses casos.<sup>4</sup> Inicialmente, em 2014 o Cade aprovou Resolução nº 10/2014, posteriormente revogada pela Resolução nº 17/2016 (“Resolução”) que estipulou os critérios mínimos de notificação de concentrações que apenas se enquadrassem na figura de contratos associativos. Ainda que a nova Resolução tenha aperfeiçoado a anterior, os critérios estipulados são genéricos – e provavelmente assim incluídos na legislação propositalmente para dar espaço interpretativo ao Conselho – dependendo de jurisprudência para maior especificidade.<sup>5</sup>

A Resolução hoje aplicada indica, em seu artigo 2º, os seguintes requisitos para obrigatoriedade da notificação de contratos associativos: (i) prazo do contrato deve ser superior a dois anos; (ii) as empresas devem estabelecer um empreendimento comum para exploração de atividade econômica; (iii) deve haver compartilhamento de riscos e resultados; e, por fim,

---

<sup>3</sup> “(...) havendo elementos que indiquem a existência de uma cooperação qualificada entre os contratantes, caracterizada pela existência de um fim comum e de uma estrutura organizativa apta à sua consecução, pouco importa a forma jurídica de que se reveste o contrato e muito menos o nome que as partes lhe atribuíram”. FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência, 1ª Edição, Editora Saraiva, 2017, p. 224

<sup>4</sup> “(...) imprescindível, portanto, identificar elementos de estabilidade, organização e autonomia jurídica para distinguir, com um mínimo de segurança, dentre as inúmeras relações de cooperação, aquelas que devem constituir o objeto do controle de estruturas.” FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência, 1ª Edição, Editora Saraiva, 2017, p. 224.

<sup>5</sup> “(...) a norma ainda não traz definição satisfatória do que a autoridade da concorrência entenderá por contrato associativo, sendo o único critério para sua constatação o compartilhamento de riscos, gerando alto grau de imprevisibilidade e insegurança jurídica entre os players do mercado.” CARVALHO, Angelo Gamba Prata de. Contratos Associativos no Direito da Concorrência Brasileiro. 2018. Disponível em [https://www.concorrencia.pt/sites/default/files/imported-magazines/CR\\_33\\_34\\_Breves\\_Angelo\\_Gamba\\_Prata\\_de\\_Carvalho.pdf](https://www.concorrencia.pt/sites/default/files/imported-magazines/CR_33_34_Breves_Angelo_Gamba_Prata_de_Carvalho.pdf) Acesso em setembro de 2023.

(iv) as empresas devem ser concorrentes no mercado objeto do contrato.<sup>6</sup> Importante destacar que os critérios são cumulativos e por isso a inexistência de apenas um deles acarreta na desnecessidade de notificação.

O prazo do contrato (i) é o critério mais objetivo e por isso geralmente não é discutido com profundidade pelo Cade por não gerar divergências relevantes. As partes serem concorrentes no mercado (iv) geram especial discussão nas decisões do Cade a depender da definição do mercado objeto do contrato e como se dá a atividade das partes em relação a ele. Contudo, por se tratar de uma análise diretamente relacionada às atividades das partes, decidiu-se não aprofundar nesse critério no presente artigo.

Assim, pretende-se abordar como o Cade tem analisado os critérios de empreendimento comum para exploração de atividade econômica (ii) e compartilhamento de riscos e resultados (iii). Considerando os casos analisados, foi possível reunir características recorrentes nas decisões para definir a existência ou não desses critérios. A partir dessas características, criou-se nove perguntas chave que norteiam a análise desses critérios.

Para tal foi realizada pesquisa jurisprudencial entre 2017 e 2022 envolvendo todos os ACs e consultas que tratam de contratos associativos. A metodologia será detalhada na seção seguinte (2). Em seguida, serão apresentados resultados quantitativos da pesquisa (3) e, na sequência, serão indicados os resultados qualitativos para os critérios de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados (4). Por fim, conclui-se com os principais resultados da pesquisa (5).

---

<sup>6</sup> “Art. 2º Considera-se associativos quaisquer contratos com duração igual ou superior a 2 (dois) anos que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica, desde que, cumulativamente: I - o contrato estabeleça o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto; e II - as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato.” Resolução n. 17 de 18 de outubro de 2016.

## 2. Metodologia

Para realização da presente pesquisa, foram listados todos os ACs e consultas julgados pelo Cade entre 2017 e 2022 envolvendo contratos associativos após pesquisa realizada no sistema SEI do Cade.<sup>7</sup> Com base nessa pesquisa, foram listados 82 casos em tabela Excel. Para cada um deles, foram detalhadas as seguintes informações em colunas: número do processo, tipo de processo (consulta ou ato de concentração), ano de julgamento, partes envolvidas na operação, descrição do contrato, resultado da operação (aprovado sem restrições ou não conhecimento)<sup>8</sup>, e a descrição de cada um dos quatro critérios da Resolução nº 17/2016.

Dos 82 processos analisados, 46 casos tiveram os critérios da Resolução explicitamente discutidos e analisados na decisão do Cade. Isto é, apenas em metade houve a análise de conhecimento da operação com menção à Resolução nº 17/2016 ou qualquer dos seus critérios. Destaca-se que bastou a análise de um dos critérios para que o caso fosse incluído nessa categoria. Para os 36 casos em que o Cade não detalhou os critérios para conhecimento da operação em sua decisão, não foi possível preencher as colunas.

Considerando essa base de dados, primeiramente, analisou-se o tipo de contrato submetido ao controle de estruturas, isto é, qual era seu objeto. Importante ressaltar que essa caracterização envolveu a análise das principais características do contrato disponíveis publicamente e considerando a própria análise de conhecimento e descrição da operação apresentada nas decisões do Cade. Essas categorias têm como única função tentar enquadrar os contratos associativos em categorias mais específicas que serão detalhadas no item 3.2.

---

<sup>7</sup> Ressalta-se que a pesquisa foi realizada pelo Sistema Eletrônicos de Informações (SEI) do Cade, considerando os resultados obtidos para consultas e atos de concentração sumários e ordinários envolvendo contratos associativos. Os resultados, contudo, não são extensivos e podem conter divergências considerando a quantidade de atos de concentração julgados no período. Apesar das discrepâncias, essa é o único meio de realizar o levantamento dos atos de concentração submetidos ao CADE. Contudo, a quantidade de casos obtidos foi suficiente para realizar a pesquisa sob análise.

<sup>8</sup> Conforme será visto à frente, não houve reprovação ou aprovação condicionada a restrições nos casos envolvendo contratos associativos.

Em relação aos critérios de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados, foi possível criar perguntas que refletem as principais características de cada um dos critérios nas decisões analisadas, as quais serão detalhadas no item 4. Importante ressaltar que foram incluídas nessa análise pareceres da Superintendência-Geral do Cade (SG) e votos vencedores do Tribunal do Cade. Foram considerados os documentos em que houve a análise de conhecimento da operação e que representam a decisão final do Cade.<sup>9</sup>

### **3. Aspectos quantitativos da pesquisa**

Com base na metodologia apresentada anteriormente, alguns dados quantitativos relevantes foram obtidos. A presente seção do artigo será dividida da seguinte forma: resultados dos casos envolvendo contratos associativos divididos por ano (3.1); tipos de contratos considerando seus resultados (3.2); quantitativo dos casos em que houve análise dos critérios de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados (3.3).

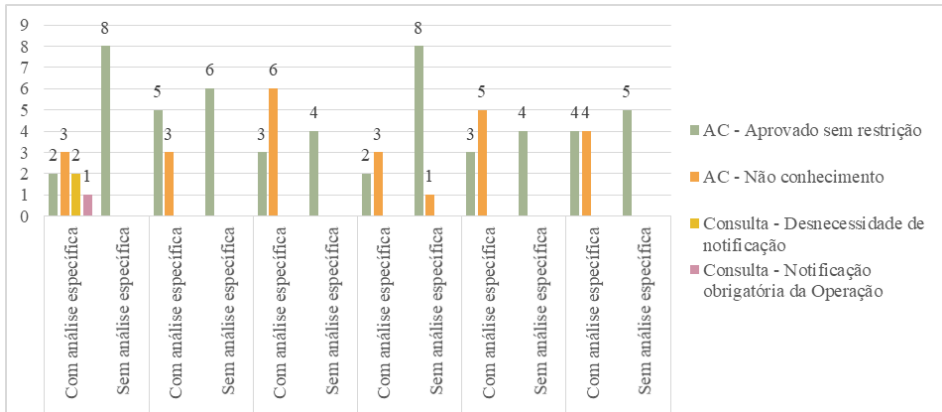
#### *3.1. Resultados dos casos envolvendo contratos associativos*

Dos 82 casos analisados foi possível traçar os resultados obtidos em cada um deles e se houve análise específica dos critérios obrigatórios para a caracterização de contratos associativos:

---

<sup>9</sup> Em alguns casos o voto vencedor acolheu a decisão de conhecimento da SG e por isso as características analisadas refletem a decisão da SG.

**Figura 1 – Resultados dos casos julgados pelo Cade entre 2017 e 2022 envolvendo contratos associativos e a existência de análise específica dos critérios da Resolução nº 17/2016**



Fonte: Elaboração própria com base nos dados obtidos pelo SEI.

A indicação “Com análise específica” significa que os critérios da Resolução foram explicitamente discutidos pelo Cade. Logo, “Sem análise específica” significa que eles não foram analisados e o caso geralmente é dado como conhecido. Ressalta-se que quando não há análise dos critérios, os contratos foram nomeados como associativos pelo próprio Cade e por isso constam nos dados da pesquisa.

O gráfico acima traz resultados relevantes. Nos seis anos analisados, apenas um caso em 2020 não foi conhecido sem que os critérios da Resolução fossem analisados. Nesse caso, as partes apresentaram apenas um aditivo de contrato já aprovado pelo Cade anteriormente sem alteração da natureza da operação, não sendo caracterizada como uma concentração de mercado conforme o artigo 90 da LDC.<sup>10</sup>

Também é relevante destacar que logo após a aprovação da Resolução, houve um movimento dos agentes econômicos de realizar consultas ao tribunal do Cade para que os critérios da Resolução pudessem ser melhor

<sup>10</sup> AC nº 08700.002920/2020-39. Companhia Brasileira de Alumínio e Nexans Brasil S.A. Não conhecimento. Julgado em 2020.

explicados pela autoridade. Consequentemente, as três consultas citadas tiveram a análise específica dos critérios.<sup>11</sup>

Interessante notar também que, apenas em 2018 o número de casos aprovados sem restrição quando há análise de critérios da Resolução (cinco casos) é maior do que os casos de não conhecimento (três casos). Em 2017, 2019, 2020 e 2021, o número de casos não conhecidos é superior. Em 2022, quando os critérios são analisados, o número de casos aprovados sem restrição e não conhecidos é o mesmo (quatro casos). Isso mostra que o Cade tende a analisar mais detidamente os critérios quando há características limitrofes para o não conhecimento da operação.

### *3.2. Tipos de contratos associativos analisados e seus respectivos resultados*

Novamente considerando os 82 casos envolvendo contratos associativos, foram encontradas as seguintes categorias de contratos<sup>12</sup>:

---

<sup>11</sup> Consulta nº 08700.006858/2016-78 Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG. Desnecessidade de notificação. Julgado em 2017. Consulta nº 08700.008081/2016-86. Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG e CMA CGM S.A. Notificação obrigatória. Julgado em 2017. Consulta nº 08700.008419/2016-08. Warner Bros Home Entertainment Inc. e EA Swiss Sàrl. Notificação obrigatória. Julgado em 2017.

<sup>12</sup> Essa tipologia não necessariamente corresponde a características societárias ou tributárias. As categorias aqui criadas foram apenas para fins de análise dos casos para a presente pesquisa. Em nenhum momento a nomenclatura criada foi utilizada pela autoridade.

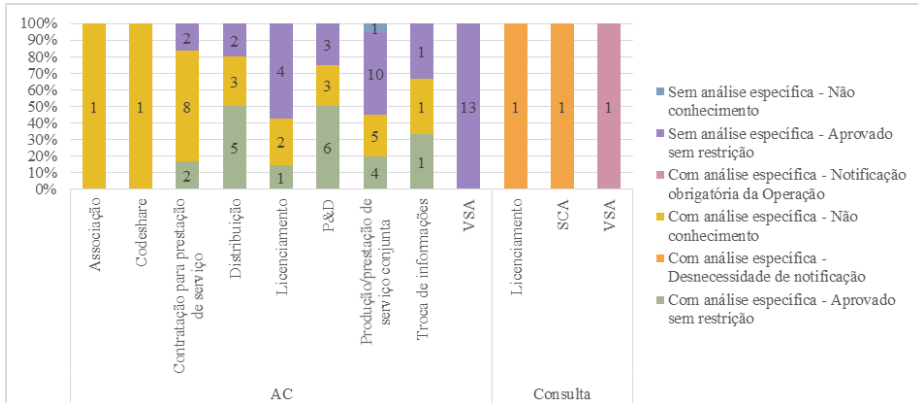
**Tabela 1 – Definição das categorias de contratos criadas com base na pesquisa realizada**

<i>Categorias criadas</i>	<i>Definição</i>
<i>Associação</i>	Criação de associação sem fins lucrativos por meio de contrato associativo.
<i>Codeshare</i>	Contrato característico entre empresas atuantes no mercado de transporte aéreo de passageiros ou cargas para operação de voos em código compartilhado.
<i>Contratação para prestação de serviço</i>	Contratos em que o principal objetivo era que uma das partes contratasse a outra para prestação de um serviço ou para que houvesse fornecimento de algum produto. Também envolve casos em que ambas as empresas contratariam um terceiro para prestar um serviço ou fornecer um produto a elas.
<i>Distribuição</i>	Contratos em que uma parte será responsável pela distribuição de produtos da outra.
<i>Licenciamento</i>	Geralmente casos envolvendo direito de imagem, transmissão ou licenciamento de marcas de uma parte para a outra.
<i>P&amp;D</i>	Contratos envolvendo desenvolvimento conjunto ou investimentos conjuntos em algum produto. Geralmente relacionado a produtos farmacêuticos ou insumos agrícolas.
<i>Produção ou prestação de serviço conjunta</i>	Categoria genérica que envolve prestações de serviços em conjunto das empresas para atingir o objetivo do contrato.
<i>SCA</i>	Contrato de afretamento de espaço em navios ( <i>slot charter agreement</i> ).
<i>Troca de informações</i>	Casos em que o objetivo do contrato era realizar a troca de informações entre as partes envolvidas.
<i>VSA</i>	Devido à quantidade de <i>Vessel Sharing Agreements (VSA)</i> , foi criada categoria separada para análise. Trata-se de contratos em que há compartilhamento de embarcações para a mesma rota utilizada para o transporte de contêineres.

Fonte: Elaboração própria com base em dados obtidos pelo SEI.

Em complementação à Figura 1, a figura abaixo representa os tipos de contratos submetidos à análise do Cade pelas partes considerando a classificação elaborada conforme indicado na Tabela 1. Nesse caso também estão incluídos os 82 casos envolvendo contratos associativos.

**Figura 2 – Categorias de contratos associativos entre 2017 e 2022 considerando seu resultado e tipo de processo**



Fonte: Elaboração própria com base em dados obtidos pelo SEI.

Conforme já indicado, as Consultas foram essenciais para definir princípios básicos para a definição dos critérios de notificação. Isso fica claro com o caso dos VSAs. Após a Consulta realizada em 2017<sup>13</sup>, todos os casos envolvendo VSAs não tiveram os critérios analisados. Destaca-se que a maioria das decisões apresenta uma análise sobre o que constitui um VSA e as principais atividades decorrentes do contrato. Contudo, não há análise explícita do preenchimento dos critérios da Resolução, o caso é conhecido de pronto.

Dentre os casos não conhecidos, os contratos de associação e *codeshare* precisaram de apenas uma decisão sobre cada um deles para definir a desnecessidade de notificação, gerando relevante economia processual inclusive para as partes. Devido a sua especificidade, os contratos detêm características nítidas e geralmente são identificados mais facilmente.

Por outro lado, a categoria “contratação para prestação de serviços” é mais relativa e depende do nível de interação definida no contrato entre as partes para caracterizá-lo como associativo. Nos dois casos em que houve análise dos critérios da Resolução nessa categoria, o Cade justificou

<sup>13</sup> Consulta nº 08700.008081/2016-86. Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG e CMA CGM S.A. Decisão de notificação obrigatória da operação. Julgado em 2017.



o conhecimento da operação pela existência de compartilhamento de riscos e resultados. Em um dos casos, o contrato levaria as empresas a um maior poder de barganha, reduzindo, conseqüentemente, seus custos.<sup>14</sup> Já o outro caso, as empresas teriam participação na diferença entre o preço base e o preço efetivo de venda dos produtos objeto do contrato, comprovando o compartilhamento de resultados.<sup>15</sup>

Os outros tipos de contrato são mais dinâmicos e dependem de uma análise casuística para serem classificados como associativos, o qual independe do seu objetivo inicial ou, formalisticamente, seu nome. Para sua caracterização, é essencial o posicionamento do Cade sobre cada um dos critérios para padronizar o entendimento da autoridade e garantir maior segurança jurídica aos agentes econômicos.

### *3.3. Quantitativo dos critérios de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados*

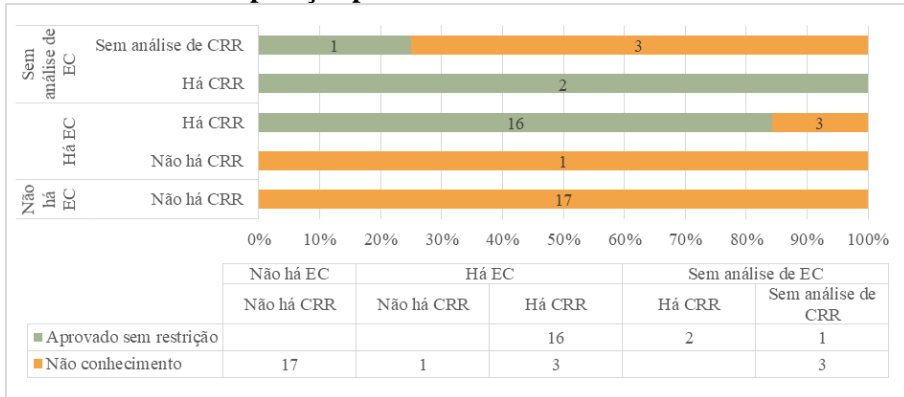
Tratando-se especificamente dos critérios de empreendimento para exploração de atividade econômica e compartilhamento de riscos e resultados, a figura abaixo resume em quais casos esses critérios foram analisados. Destaca-se que há apenas atos de concentração considerados no gráfico.

---

<sup>14</sup> AC nº 08700.005296/2021-11. Alelo S.A. e Conectcar Soluções de Mobilidade Eletrônica S.A. Aprovado sem restrição. Julgado em 2021.

<sup>15</sup> AC nº 08700.006646/2020-77. Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda. e Cebrace Cristal Plano Ltda. Aprovado sem restrição. Julgado em 2020.

**Figura 3 – Análise dos critérios de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados considerando o resultado da operação para ACs entre 2017 e 2022**



Fonte: Elaboração própria com base nos dados obtidos no SEI.

Nota: EC significa “empreendimento comum” e CRR, “compartilhamento de riscos e resultados”.

O gráfico acima pretende demonstrar a relação entre os dois critérios de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados. Conforme previamente indicado, os critérios da Resolução nº 17/2016 são cumulativos, ou seja, basta que um deles não esteja presente para que a operação não precise ser notificada. Por isso alguns casos contam com a existência de empreendimento comum, mas não de compartilhamento de riscos e resultados e vice-versa. Há quatro casos, contudo, em que o Cade decidiu por não analisar os dois critérios.<sup>16</sup> Nesses casos, as partes não eram concorrentes no objeto do contrato notificado. Apesar de tecnicamente não haver necessidade de análise de todos os critérios por serem cumulativos, vê-se que essa não é a prática comum da autoridade. Em 17 casos, o Cade analisou ambos os critérios e indicou que eles não estavam presentes e por isso não conheceu a operação.

<sup>16</sup> AC nº 08700.006640/2017-02. AstraZeneca UK Limited e Merck Oncology GMBH. Aprovado sem restrição. Julgado em 2017. AC nº 08700.009646/2022-91. CMA CGM S.A. e Air France KLM S.A. Não conhecimento. Julgado em 2022. AC nº 08700.001710/2021-12. Grupo Volkswagen e Robert Bosch. Não conhecimento. Julgado em 2021. AC nº 08700.000831/2019-14. GlaxoSmithKline PLC. e Ares Trading S.A.Z. Não conhecimento. Julgado em 2019.

Em dois outros casos, o Cade não analisou o critério de empreendimento comum, mas avaliou todos os outros critérios e conheceu a operação, sem justificar o motivo de evitar a análise.<sup>17</sup> Não é possível sequer alegar desconhecimento da aplicação da Resolução já que os casos são de 2018 e 2020. Para fins desse artigo, esses casos serão tratados como exceções.

Ainda, interessante ressaltar que o único caso em que não houve conhecimento da operação apenas pela inexistência de compartilhamento de riscos e resultados se refere à criação de uma associação.<sup>18</sup> Apesar da atividade em questão se enquadrar no requisito de “exploração de atividade econômica” (parte do critério de empreendimento comum), não haveria compartilhamento de riscos e resultados pois a associação não tem fins lucrativos. Assim, a atividade das partes não resultaria em qualquer redução de custos, ou resultados financeiros aos agentes envolvidos nesse contrato.

Por fim, para os três casos em que há ambos os critérios de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados, mas a decisão foi pelo não conhecimento, em dois deles as partes envolvidas não eram concorrentes no mercado<sup>19</sup> e no outro, o critério do prazo não foi cumprido.<sup>20</sup>

Passa-se, a seguir, para a análise qualitativa dos argumentos utilizados pelo Cade para a análise dos critérios de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados.

#### **4. Aspectos qualitativos da pesquisa**

Conforme antecipado, com base nos 46 casos em que houve análise específica dos critérios da Resolução, foi possível obter nove perguntas

---

<sup>17</sup> AC nº 08700.006646/2020-77. Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda. e Cebrace Cristal Plano Ltda. Aprovado sem restrição. Julgado em 2020. AC nº 08700.003955/2018-71. Cristália Produtos Químicos Farmacêuticos Ltda. e Instituto Biochimico Indústria Farmacêutica Ltda. Aprovado sem restrição. Julgado em 2018.

<sup>18</sup> AC nº 08700.006989/2017-36. Instituto Jogue Limpo. Não conhecimento. Julgado em 2018.

<sup>19</sup> AC nº 08700.001283/2021-64. Coca-Cola Indústrias Ltda. e HNK BR Indústria de Bebidas Ltda. Não conhecimento. Julgado em 2021. AC nº 08700.003155/2020-74. Colgate-Palmolive Company e Philips Oral Healthcare, LLC. Não conhecimento. Julgado em 2020.

<sup>20</sup> AC nº 08700.003855/2020-69. BRF S.A. e Upfield Brasil Holding Ltda. Não conhecimento. Julgado em 2020.

para as quais o Cade respondeu em suas decisões para caracterizar a existência dos dois critérios sob análise. Essa seção será dividida entre a análise do critério de empreendimento comum (4.1) e compartilhamento de riscos e resultados (4.2).

#### 4.1. *Empreendimento comum para exploração de atividade econômica*

A tabela abaixo representa as principais perguntas que poderiam ser respondidas pelo Cade para justificar a existência de empreendimento comum nos casos sob análise, além de indicar esclarecimentos sobre como cada uma das perguntas foi formulada. As perguntas seriam feitas para cada contrato analisado.

**Tabela 2 – Categorias criadas para o critério de empreendimento comum**

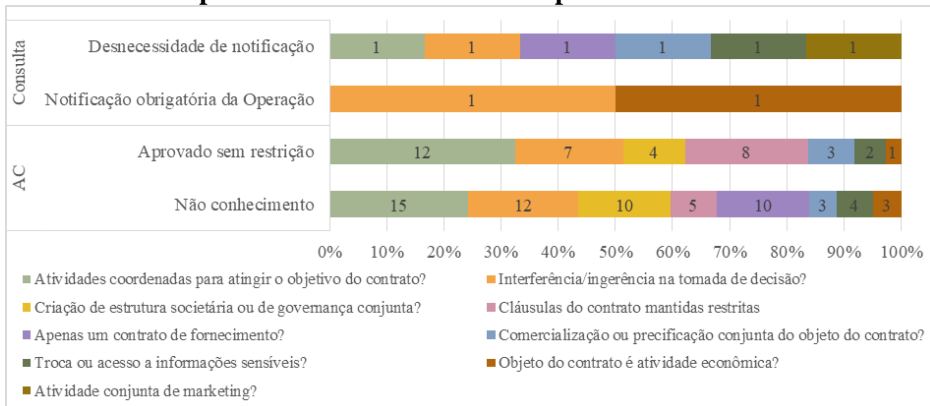
<b>Perguntas</b>	<b>Explicação</b>
<i>Atividades coordenadas para atingir o objetivo do contrato?</i>	Analisou-se principalmente se as partes do contrato atuavam de forma coordenada ou independente, sendo o primeiro formato característico de um contrato associativo.
<i>Interferência/ingerência na tomada de decisão?</i>	A análise se baseou na interferência ou ingerência de uma parte sobre a outra durante a execução do contrato. Geralmente essa característica era relacionada com a criação de estrutura conjunta.
<i>Criação de estrutura societária ou de governança conjunta?</i>	Nesse caso, avaliou-se se as partes teriam alguma estrutura conjunta para coordenar suas atividades e atingir os objetivos do contrato. Geralmente, a estrutura aparecia como um <b>órgão de gestão conjunto</b> .
<i>Cláusulas do contrato mantidas restritas</i>	Nesses casos, a principal justificativa utilizada pelo Cade foi mantida restrita do acesso público por se tratar de explicação baseada puramente em cláusulas contratuais.
<i>Apenas um contrato de fornecimento?</i>	Para justificar o não conhecimento de uma operação, alegava-se que se tratava de apenas um contrato de fornecimento, não havendo características de um empreendimento comum. Essa argumentação é geralmente auxiliar à inexistência de outras características.
<i>Comercialização ou precificação conjunta do objeto do contrato?</i>	As partes previam contratualmente se a precificação ou a comercialização dos produtos seria feita de forma separada ou conjunta durante a vigência do contrato, gerando coordenação referente ao objeto do contrato.
<i>Troca ou acesso a informações sensíveis?</i>	Nesses casos, identificou-se características no contrato que facilitariam ou permitiriam a troca ou acesso a informações sensíveis, caracterizando empreendimento comum.

Perguntas	Explicação
<i>Objeto do contrato é atividade econômica?</i>	Analisou-se se as atividades objeto do contrato poderiam ser caracterizadas como uma atividade econômica nos termos do parágrafo 1º do art. 2º da Resolução.
<i>Atividade conjunta de marketing?</i>	Apenas uma consulta analisou esse item indicando que a existência de marketing conjunto pelas empresas corrobora para a existência de empreendimento comum.

Fonte: Elaboração própria com base em dados obtidos pelo SEI.

Com base nessas categorias, o gráfico abaixo indica como essas perguntas foram utilizadas considerando os resultados do julgamento de ACs e consultas. Importante informar que no mesmo caso, há mais de uma característica presente e por isso a soma é superior ao valor de casos analisados (46). Destaca-se também que o número expresso no gráfico abaixo representa todas as vezes que a decisão do Cade respondeu à pergunta hipotética, independentemente de a resposta ser positiva ou negativa. Ou seja, foram contabilizados, por exemplo, tanto os casos em que havia coordenação entre as partes para atingir o objeto do contrato quanto aqueles em que as partes atuariam de forma independente.

**Figura 4 – Tipos de argumentação utilizadas pelo Cade nos casos entre 2017 e 2022 para análise do critério de empreendimento comum**



Fonte: Elaboração própria com base nos dados obtidos pelo SEI.

Nota: Os números de cada linha do gráfico representam a quantidade de casos em houve menção à pergunta hipotética criada pela autora.

Todas as perguntas indicadas anteriormente têm a resposta baseada em cláusulas contratuais as quais, por se tratar de informação confidencial apenas às partes, não são disponibilizadas nas versões públicas de votos e decisões. Assim, esses questionamentos foram geralmente respondidos de forma genérica para apenas informar a existência ou não do critério para conhecimento da operação. Não é possível traçar um padrão das cláusulas analisadas, mas apenas quais os principais focos da decisão da autoridade.

As três primeiras perguntas (sobre a coordenação da atividade, ingerência na tomada de decisão e a criação de estrutura societária ou de governança conjunta) são as mais comuns em decisões do Cade e envolvem o formato de atuação das empresas perante o objeto do contrato e a relação entre elas. Vê-se que o contrato de fornecimento aparece como uma contrapartida ao contrato associativo já que quando respondida essa pergunta, os casos não foram conhecidos. Disso decorre que a existência de empreendimento comum depende do quão semelhante o contrato associativo é de uma concentração por meio de fusões ou aquisições. Isso porque, as características de coordenação, ingerência e estruturas conjuntas são imagens presentes nos outros formatos de concentração previstos no artigo 90 da LDC: fusões, aquisições de controle, incorporações, consórcios e *joint ventures*.

Interessante destacar a questão sobre a existência ou não de exploração de atividade econômica. De acordo com a redação do artigo 2º da Resolução, essa característica é parte do critério de empreendimento comum previsto no caput e deveria ser analisada em todos os casos de contratos associativos. No entanto, apenas cinco, dos 46 casos, realiza essa análise. A caracterização da atividade como econômica é inclusive especificada no §1º do art. 2º da Resolução.<sup>21</sup> O item deveria ser considerado praticamente outro critério de análise pois, se a atividade não pode ser caracterizada como econômica, a discussão sobre existência de empreendimento comum perde sentido. Por outro lado, é compreensível que essa análise não seja prioritária pois, em sua maioria, as atividades objeto de contrato entre concorrentes

---

<sup>21</sup> “§1º Para os efeitos desta Resolução, considera-se atividade econômica a aquisição ou a oferta de bens ou serviços no mercado, ainda que sem propósito lucrativo, desde que, nessa hipótese, a atividade possa, ao menos em tese, ser explorada por empresa privada com o propósito de lucro.” Resolução nº 17/2016.

costuma tratar de atividades econômicas. Nesse ponto, uma possível justificativa seria a preferência na aplicação do princípio de economia processual em contrapartida ao princípio da formalidade pelo Cade em suas decisões.<sup>22</sup>

#### 4.2. *Compartilhamento de riscos e resultados*

Semelhante ao critério anteriormente discutido, a tabela abaixo representa as principais perguntas que puderam ser elaboradas com base nas características analisadas pelo Cade para definir a existência ou não do critério de compartilhamento de riscos e resultados.

**Tabela 3 - Categorias criadas para o critério de compartilhamento de riscos e resultados**

<b>Perguntas</b>	<b>Explicação</b>
<i>Cláusulas do contrato mantidas restritas</i>	A análise do Cade foi inteiramente baseada em cláusulas contratuais restritas ao acesso público.
<i>Precificação ou pagamento pelo serviço conjunto?</i>	A precificação também foi um item incluído para análise do compartilhamento de riscos e resultados. O formato da precificação, conjunta ou separada, define os resultados obtidos com a atividade e consequentemente o seu compartilhamento ou não entre as partes.
<i>Compensação de custos entre as partes?</i>	Esses casos tratam da possibilidade de as partes compensarem os custos para produção ou prestação do serviço objeto do contrato. O Cade já indicou que o mero compartilhamento de custos não significa a existência do critério sob análise, contudo, essa característica é comumente citada nas decisões. <sup>23</sup>
<i>Definição conjunta da oferta dos</i>	A oferta ou comercialização de produtos e serviços pode ser feita conjunta ou separadamente. Essa característica contratual

<sup>22</sup> Maria di Pietro define ambos os princípios. Em relação à economia processual preleciona “Há que se ter sempre presente a ideia de que o processo é instrumento para aplicação da lei, de modo que as exigências a ele pertinentes devem ser adequadas e proporcionais ao fim que se pretende atingir. Por isso mesmo, devem ser evitados os formalismos excessivos, não essenciais à legalidade do procedimento que só possam onerar inutilmente a Administração Pública, emperrando a máquina administrativa”. Já em relação ao da formalidade, a autora reconhece que no processo administrativo há um rigor muito inferior quando comparado com o processo judicial “na realidade, o formalismo somente deve existir quando seja necessário para atender ao interesse público e proteger os direitos dos particulares”. DI PIETRO, Maria Sylvania. Direito Administrativo. Editora Forense, 2023, p. 829 e p. 834.

<sup>23</sup> AC nº 08700.006533/2017-76. Boa Vista Serviços S.A. e Serasa S.A. Não conhecimento. Julgado em 2017.

<b>Perguntas</b>	<b>Explicação</b>
<i>produtos no mercado?</i>	pode trazer consequências para os resultados obtidos por cada uma das empresas.
<i>Responsabilização conjunta?</i>	Esse item se refere à possibilidade das partes se responsabilizarem financeira ou juridicamente pelo objeto do contrato. Essa característica pode significar um compartilhamento de riscos entre as partes.
<i>Compartilhamento ou investimento em infraestrutura?</i>	A partir do momento que o contrato prevê compartilhamento ou investimentos em infraestrutura, pode haver mitigação de riscos. Também pode haver compartilhamento de resultados já que há uma redução de custos por meio dessa infraestrutura comum.
<i>Contrato minimiza riscos inerentes à atividade?</i>	Trata-se de característica mais genérica indicada pelo Cade após análise das cláusulas contratuais. O formato de minimizar riscos inerentes a atividades pode variar a depender da atividade alvo do contrato.
<i>Metas ou resultados definidos em conjunto?</i>	Trata-se de característica que traz claro compartilhamento de resultados pois eles serão definidos em conjunto, por exemplo, por meio de estipulação de metas de venda ou de produção.
<i>Atividade objeto do contrato tem finalidade lucrativa?</i>	Os dois casos em que houve análise dessa característica se referem à criação de associações nas quais a atividade fim não finalidade lucrativa e por isso não podem gerar riscos ou resultados às partes. <sup>24</sup>

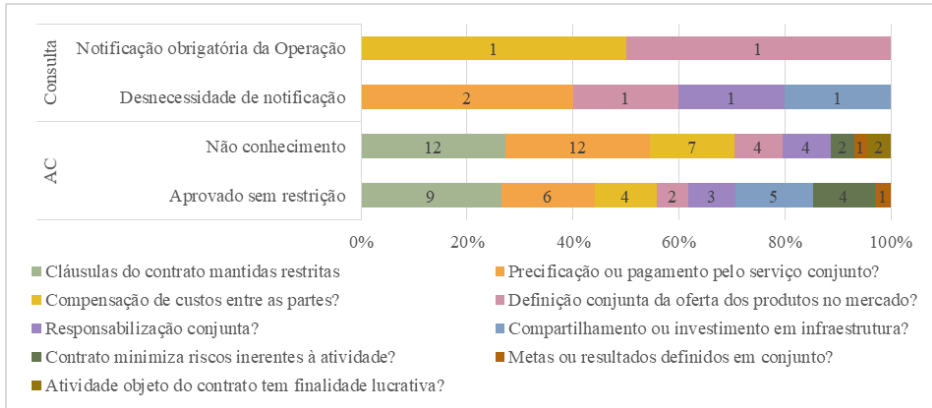
Fonte: Elaboração própria com base em dados obtidos pelo SEI.

As mesmas ressalvas feitas para o item 4.1 são válidas para o critério de compartilhamento de riscos e resultados. O gráfico abaixo representa como essas perguntas foram identificadas nos casos analisados considerando os resultados de cada decisão.

<sup>24</sup> AC nº 08700.006989/2017-36. Instituto Jogue Limpo. Não conhecimento. Julgado em 2017. AC nº 08700.002704/2019-50. BASF, Bayer, Corteva, Syngenta e FMC. Não conhecimento. Julgado em 2019.



**Figura 5 - Tipos de argumentação utilizadas pelo Cade nos casos entre 2017 e 2022 para análise do critério de compartilhamento de riscos e resultados**



Fonte: Elaboração própria com base em dados obtidos pelo SEI.

Nota: Os números de cada linha do gráfico representam a quantidade de casos em houve menção à pergunta criada pela autora.

Interessante notar que, diferente do item 4.1, o Cade restringiu o acesso à análise desse critério na maioria dos casos (21 deles) pois os trechos da decisão foram mantidos restritos. Isso indicaria que a caracterização do critério de compartilhamento de riscos e resultados têm uma dependência superior na estruturação das cláusulas contratuais. Assim, a análise é casuística e mais variável quando comparado com o critério do item 4.1.

Também vale ressaltar que o critério de precificação conjunto aparece em ambos os critérios sob análise. Apesar disso, no critério de empreendimento comum, conforme indicado na Tabela 2, a análise do Cade recai sobre o nível de coordenação em que as partes se encontram por meio do contrato. Se a precificação é definida em conjunto, significa que há maior coordenação das partes sobre o produto ou serviço objeto do contrato, e conseqüentemente empreendimento comum. Já para o caso do compartilhamento de riscos e resultados, a análise se refere aos resultados obtidos por meio dessa precificação. Ou seja, se a precificação é feita de forma conjunta, as partes tendem a compartilhar os mesmos resultados. Nesse sentido, dos oito casos em que o empreendimento comum foi analisado considerando o formato de precificação ou comercialização do produto ou serviço, apenas

quatro deles também tiveram essa análise para o critério de compartilhamento de riscos e resultados.<sup>25</sup> Os outros quatro casos mencionam a precificação apenas como uma característica de empreendimento comum.<sup>26</sup> Isso pode demonstrar que ainda há incerteza na caracterização desses dois critérios e que tampouco há um padrão de análise sobre cada um deles.

Por fim, destaca-se a característica de compensação de custos, cujo tema é mais volátil. Apesar de ser citado em vários casos, o AC Boa Vista/Serasa<sup>27</sup> define que o compartilhamento de custos não poderia ser confundido com o de resultados já que um não é consequência direta do outro a depender do formato definido em contrato. Mesmo assim, a característica é a segunda mais citada como parte da análise do critério de compartilhamento de riscos e resultados.

## 5. Conclusão

O presente artigo teve como finalidade explorar as principais características dos critérios de empreendimento comum para exploração de atividades econômicas e de compartilhamento de riscos e resultados para a caracterização de um contrato associativo nos termos da Resolução nº 17/2016 do Cade. Conforme indicado ao longo do texto, o artigo visa mapear as principais características analisadas para tais critérios pelo Cade em suas decisões nos casos envolvendo contratos associativos entre 2017 e 2022.

---

<sup>25</sup> Consulta nº 08700.006858/2016-78. Desnecessidade de notificação. Julgado em 2017. AC nº 08700.008484/2016-25. Medley Farmacêutica Ltda. e Aurobindo Pharma Limited. Não conhecimento. Julgado em 2017. AC nº 08700.005007/2020-94. Samsung Eletrônica da Amazônia Ltda., Climazon Industrial Ltda. e Springer Carrier Ltda. Não conhecimento. Julgado em 2020. AC nº 08700.007868/2022-79. Warner Bros. Entertainment Inc. e Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. Não conhecimento. Julgado em 2022.

<sup>26</sup> AC nº 08700.003575/2017-55. Ares Trading S.A. e Pfizer, Inc. Aprovado sem restrição. Julgado em 2017. AC nº 08700.003955/2018-71. Cristália Produtos Químicos Farmacêuticos Ltda. e Instituto Biochimico Indústria Farmacêutica Ltda. Aprovado sem restrição. Julgado em 2018. AC nº 08700.002873/2019-90. Mondelez Brasil Ltda. e Danone Ltda. Aprovado sem restrição. Julgado em 2019. AC nº 08700.006373/2020-61. Serasa S.A. e Claro S.A. Aprovado sem restrição. Julgado em 2020.

<sup>27</sup> AC nº 08700.006533/2017-76. Boa Vista Serviços S.A. e Serasa S.A. Não conhecimento. Julgado em 2017.

Dentre os 82 casos avaliados, foi possível observar uma maior tendência do Cade de analisar detidamente os critérios da Resolução para conhecimento da operação quando as situações são mais limítrofes e podem gerar margem de dúvida sobre a obrigatoriedade da notificação. Isso porque, para os casos em que houve a análise específica dos critérios (38 casos), mais da metade deles o caso não foi conhecido (21 casos).

Ainda, foi possível concluir que VSAs são espécies contratuais de notificação obrigatória pois preenchem todos os requisitos da Resolução, porém contratos que estabelecem SCAs, associações ou *codeshares* não precisam de notificação por não se enquadrarem nos critérios de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados. Ainda, outros tipos de contrato dependem de uma análise casuística e contratual, sendo necessária atenta avaliação do Cade para o cumprimento ou não dos critérios da Resolução.

Para finalizar as conclusões quantitativas desse artigo, viu-se que, apesar de os critérios serem cumulativos, quando há análise específica dos critérios, o Cade tende a avaliar todos eles, mesmo que a inexistência de apenas um deles seja suficiente para o não conhecimento da operação. Ao mesmo tempo, por serem critérios cuja definição ainda está em desenvolvimento pela jurisprudência, empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados parecem estar muito atrelados na análise do Cade. Na maioria dos casos, quando um critério é identificado o outro também o é. O mesmo vale para a negativa. Quando não há empreendimento comum geralmente tampouco há compartilhamento de riscos e resultados.

No que se refere aos aspectos qualitativos, foi possível elaborar um *checklist* com as principais características que qualificam os critérios sob análise. Para ambos, foram elencados nove questionamentos que refletem os argumentos utilizados pelo Cade nos 46 casos cujos critérios foram analisados em específico. Apesar de ter sido possível mapear essas perguntas, fica claro – principalmente quando se trata do formato de precificação dos produtos e serviços – que ainda não há características fixas para cada um dos critérios. Mais do que para os outros dois (prazo do contrato e a posição de concorrentes no mercado objeto do contrato), os critérios aprofundados

nesse artigo dependem de uma análise detida das cláusulas contratuais apresentadas pelas partes.

As conclusões e principalmente as perguntas elaboradas para esse artigo visam auxiliar na tomada de decisão da autoridade e indicar com maior segurança aos agentes econômicos quais são as características mais comuns na jurisprudência para a identificação dos critérios citados. Deve-se reconhecer que não é possível elencar como os contratos estão estruturados por motivos de confidencialidade, mas as perguntas podem direcionar juristas e agentes econômicos a identificar a existência desses critérios antes mesmo da decisão do Cade.

Ainda no tocante à confidencialidade, cumpre ressaltar que, apesar de correta a necessidade de manter as cláusulas contratuais restritas, a análise do Cade não pode ser mantida fora do acesso público. Trata-se de garantia do livre acesso à motivação do julgamento. Justamente porque a Resolução apresenta critérios genéricos, a jurisprudência do Cade é a forma mais relevante para compreender como eles devem ser compreendidos e aplicados. A restrição do acesso ao público da fundamentação jurídica para a identificação desses critérios pode gerar insegurança jurídica e redução da previsibilidade das decisões para ambas as partes e para a própria autoridade.

Por fim, é importante que as decisões tratem dos critérios de forma clara e completa para que não permaneçam dúvidas sobre a necessidade de notificação de operações que recaiam sobre categoria de “contratos associativos”. Dito isso, também é verdade que a jurisprudência avançou muito nos últimos anos e parece tender a aperfeiçoar-se constantemente.

## **Referências**

AC nº 08700.002920/2020-39. Companhia Brasileira de Alumínio e Nexans Brasil S.A. Não conhecimento. Julgado em 2020.

AC nº 08700.005296/2021-11. Alelo S.A. e Conectcar Soluções de Mobilidade Eletrônica S.A. Aprovado sem restrição. Julgado em 2021.

AC nº 08700.006646/2020-77. Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda. e Cebrace Cristal Plano Ltda. Aprovado sem restrição. Julgado em 2020.

AC nº 08700.006640/2017-02. AstraZeneca UK Limited e Merck Oncology GMBH. Aprovado sem restrição. Julgado em 2017.

AC nº 08700.009646/2022-91. CMA CGM S.A. e Air France KLM S.A. Não conhecimento. Julgado em 2022.

AC nº 08700.001710/2021-12. Grupo Volkswagen e Robert Bosch. Não conhecimento. Julgado em 2021.

AC nº 08700.000831/2019-14. GlaxoSmithKline PLC. e Ares Trading S.A.Z. Não conhecimento. Julgado em 2019.

AC nº 08700.006646/2020-77. Saint-Gobain do Brasil Produtos Industriais e para Construção Ltda. e Cebrace Cristal Plano Ltda. Aprovado sem restrição. Julgado em 2020.

AC nº 08700.003955/2018-71. Cristália Produtos Químicos Farmacêuticos Ltda. e Instituto Biochimico Indústria Farmacêutica Ltda. Aprovado sem restrição. Julgado em 2018.

AC nº 08700.006989/2017-36. Instituto Jogue Limpo. Não conhecimento. Julgado em 2018.

AC nº 08700.001283/2021-64. Coca-Cola Indústrias Ltda. e HNK BR Indústria de Bebidas Ltda. Não conhecimento. Julgado em 2021.

AC nº 08700.003155/2020-74. Colgate-Palmolive Company e Philips Oral Healthcare, LLC. Não conhecimento. Julgado em 2020.

AC nº 08700.003855/2020-69. BRF S.A. e Upfield Brasil Holding Ltda. Não conhecimento. Julgado em 2020.

AC nº 08700.006533/2017-76. Boa Vista Serviços S.A. e Serasa S.A. Não conhecimento. Julgado em 2017.

AC nº 08700.002704/2019-50. BASF, Bayer, Corteva, Syngenta e FMC. Não conhecimento. Julgado em 2019.

AC nº 08700.008484/2016-25. Medley Farmacêutica Ltda. e Aurobindo Pharma Limited. Não conhecimento. Julgado em 2017.

AC nº 08700.005007/2020-94. Samsung Eletrônica da Amazônia Ltda., Climazon Industrial Ltda. e Springer Carrier Ltda. Não conhecimento. Julgado em 2020.

AC nº 08700.007868/2022-79. Warner Bros. Entertainment Inc. e Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. Não conhecimento. Julgado em 2022.

AC nº 08700.002873/2019-90. Mondelez Brasil Ltda. e Danone Ltda. Aprovado sem restrição. Julgado em 2019.

AC nº 08700.006373/2020-61. Serasa S.A. e Claro S.A. Aprovado sem restrição. Julgado em 2020.

CARVALHO, Ângelo Gamba. (2018). Os Contratos Associativos no Direito da Concorrência Brasileiro. Revista da Concorrência e Regulação — 33-34. Disponível em: [https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/imported-magazines/CR\\_33\\_34\\_Breves\\_Angelo\\_Gamba\\_Prata\\_de\\_Carvalho.pdf](https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/imported-magazines/CR_33_34_Breves_Angelo_Gamba_Prata_de_Carvalho.pdf)

Consulta nº 08700.006858/2016-78 Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG. Desnecessidade de notificação. Julgado em 2017.

Consulta nº 08700.008081/2016-86. Hamburg Südamerikanische Dampfschiffahrts-Gesellschaft KG e CMA CGM S.A. Notificação obrigatória. Julgado em 2017.

Consulta nº 08700.008419/2016-08. Warner Bros Home Entertainment Inc. e EA Swiss Sàrl. Notificação obrigatória. Julgado em 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito Administrativo. 36ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2023.

FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência. 1ª ed. Editora Saraiva, 2017.

PENEREIRO, S. V., & KASTRUP, G. Navegando em Águas Desconhecidas: Sete Anos de Discussões de Não Conhecimento no Controle de Concentrações Econômicas sob a Vigência da Lei nº 12.529/2011. 2019, Disponível em: [https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/147339/navegando\\_aguas\\_desconhecidas\\_penereiro.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/147339/navegando_aguas_desconhecidas_penereiro.pdf)

## **SLOUCHING TOWARDS BEHAVIORAL ANTITRUST: THE (LIMITED) BRAZILIAN EXPERIENCE AND THE EUROPEAN GOOGLE CASES AS AN EXPERIMENT ON ONLINE CHOICE ARCHITECTURE**

*Rastejando em direção ao antitruste comportamental: a (limitada) experiência brasileira e os casos europeus contra o Google como experimento de arquitetura da escolha online*

*Julia Krein,<sup>1</sup>  
Vitória Oliveira<sup>2</sup>*

**Resumo:** O direito concorrencial está dentre os campos do direito que mais se amparam em observações econômicas. A economia comportamental revolucionou o pensamento econômico no início do século XXI ao desafiar a premissa de que os agentes econômicos são plenamente racionais. Apesar disso, autoridades concorrenciais continuam a operar predominantemente sob os parâmetros da Escola de Chicago, o que inclui a premissa da racionalidade perfeita. Há, contudo, cada vez mais evidências de que essa abordagem é insuficiente para tratar dos desafios de uma era digital. Nesse contexto, este artigo apresenta uma visão geral das principais observações comportamentais e de economia da escolha (e seu lado negativo, as *dark patterns*), e explora seus impactos sobre publicações de autoridades concorrenciais, bem como decisões no Brasil e na União Europeia. A partir dessas análises, observa-se os remédios europeus em casos contra o Google como experimentos iniciais (que se utilizam de experiência passada com a Microsoft) de arquitetura da escolha por uma autoridade concorrencial, explorando suas possíveis lições, particularmente a necessidade de que autoridades considerem exercer um papel mais ativo na concepção de alternativas que preservem o poder de escolha.

**Palavras-chave:** Direito da concorrência; Economia Comportamental. Arquitetura da Escolha; *Dark Patterns*; Remédios em Abuso de Posição Dominante.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito Comercial na Universidade de São Paulo (2023), bacharela em Direito pela mesma instituição (2018). Advogada no Barbosa Müssnich Aragão Advogados.

<sup>2</sup> Doutoranda em Direito Econômico e Economia Política na Faculdade de Direito da USP (2022), bacharela em Direito pela mesma instituição (2019). Pesquisadora do Projeto “A Regulação dos sistemas alimentares no Brasil”, com apoio do Instituto Ibirapitanga e O’Neill Institute Global Center for Legal Innovation on Food Environments da Faculdade de Direito da Universidade de Georgetown.

**Abstract:** Competition law is among the legal fields that most rely on economic insights. Behavioral economics caused a revolution in economic thinking in the beginning of the 21<sup>st</sup> century by challenging the assumption that economic agents are fully rational. Competition authorities, nonetheless, continue to operate mostly under the Chicago School standards, including the perfect rationality assumption, despite ever-growing evidence that this approach is insufficient to address the challenges of a digital era. In this context, this paper provides an overview of behavioral insights and discussions on choice architecture (and its dark side, dark patterns). It then explores their impacts on competition authorities' publications on the subject, as well as decisions in Brazil and the European Union. Based on these analyses, it lays out the European remedies in the Google cases as initial experiments (learning from the previous Microsoft ones) on choice architecture by an antitrust authority, exploring their possible lessons, particularly the need for authorities to consider a more active role in designing choice-preserving solutions.

**Keywords:** Competition Law; Behavioral Economics; Choice Architecture. Dark Patterns; Remedies in Dominance Cases.

**Summary:** 1. Introduction. 2. Behavioral economics and its challenge on economic rationality. 2.1. Decision-making mistakes and biases. 2.2. Nudges and choice architecture: directing human behavior. 2.3. Dark patterns: the dark side of choice architecture. 3. Behavioral antitrust" and its recognition by competition authorities. 3.1. Guidelines and reports. 3.2. Brazil's limited recognition of behavioral economics in decision-making. 3.3. The European leading cases incorporating behavioral economics and the proposed remedies. 4. Conclusion.

## 1. Introduction

Competition law goals have been heavily discussed in the past years, especially after the publishing of "Amazon's Antitrust Paradox" by Lina Khan<sup>3</sup>, current chairwoman of the Federal Trade Commission. Critics have been ferocious on both sides to argue for the maintenance of the status quo in competition law, laid by the Chicago School, or for the inclusion of other concerns and agendas in the promotion of competition by the so-called Neo-Brandeisians. A third wave of critics, however, are most concerned

---

<sup>3</sup> KHAN, Lina M. *Amazon's Antitrust Paradox*. The Yale Law Journal, Vol. 126, no. 3, 2017, pp. 564-907. Available at: <http://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>. Accessed on 8 September 2023.



with the assumptions of classical economic theory that overlook how consumer decisions are made in the real world.

Influenced by the findings of cognitive psychology theorists as Simon, Kahneman, Tversky, Thaler and Susstein, behavioral economics have been applied to antitrust thinking to advance the understandings of market participants behavior with empirical evidence. They focus on aspects of decision-making that show imperfect rationality, and thus challenge the Chicago School microeconomic assumptions. Given the extent to which antitrust authorities have relied on microeconomic insights, their findings beg the question: have antitrust authorities incorporated these well documented findings?

In order to answer this question, after this brief introduction, this paper proceeds as follows: section two provides a brief overview of the main behavioral findings and its resulting studies into choice architecture, including its dark side, dark patterns. The third section explores the extent to which antitrust authorities have incorporated behavioral insights, starting with an analysis of recent non-decisional publications and guidances, and proceeding to review the Brazilian practice. Upon a finding of limited decisional impact, it then focuses on the past decisions that have been argued to incorporate behavioral insights the most: the European Commission Google decision and remedies. The fourth section analyzes these remedies as experiments on choice architecture. The fifth and final section provides our conclusions.

## **2. Behavioral economics and its challenge on economic rationality**

The classical microeconomic assumptions on demand, on which antitrust enforcement have long relied<sup>4</sup>, assume that consumers will try to maximize their satisfaction at the minimum possible expense. This depends on users correctly predicting the outcomes of each possible scenario and

---

<sup>4</sup> COOPER, James C.. KOVACIC, William E. *Behavioral Economics and Its Meaning for Antitrust Agency Decision Making*, 8 J.L. Econ. & Pol'y 779, 2012. See also REEVES, Amanda P. STUCKE, Maurice E. *Behavioral antitrust*. Indiana Law Journal: Vol. 86: Iss. 4, Article 7, p. 1532.

weighing their potential returns, that is, being entirely rational and capable of assessing the costs and the benefits of each alternative that is presented to them.

Nonetheless, empirical examples abound to show that rationality is actually limited or bounded<sup>5</sup>: in certain cases, humans behave differently from the expected economic behavior, both due to emotional context<sup>6</sup> and mental shortcuts that alter their decision-making process. Behavioral economics became the field of economic science that, using “methods from neuroscience and social sciences, such as psychology and sociology”<sup>7</sup>, focuses on understanding the limits to the perfect rationality assumption.

Mental shortcuts exist because decision-making is a complex and taxing process, and because human attention and information-processing capabilities are limited. Humans cannot make a complex decision on every minimal aspect of their days (such as recognizing someone on the street or picking up a ball from the floor). When faced with too much information or choices, “consumers can sometimes ignore possible choices, walk away from markets, or choose not to choose”<sup>8</sup>, due to information and choice overload.

Behavioral studies argue that humans have two separate decision-making processes: the quick, instinct-based response (the one that tells us almost instantly that a person smiling is likely happy), and the long, rational-

---

<sup>5</sup> The concept of “bounded rationality” was introduced in 1957 by Herbert Simon, but some acknowledgement that perfect decision-making was an utopia already existed in some way before that. In spite of the fact that “bounded rationality” was conceptualized over 70 years ago, its incorporation in economic thinking has been somewhat slow. See KLAES, Matthias; SENT, Esther-Mirjam. *A conceptual history of the emergence of bounded rationality*. History of Political Economy (2005) 37 (1): 27–59.

<sup>6</sup> An example of an emotional influence is a strong leaning towards fairness. See PYN DYCK, Robert S. RUBINFELD, Daniel S. *Microeconomics*. 8th edition. Pearson: 2013, chapter 5.6.

<sup>7</sup> REEVES, Amanda P. STUCKE, Maurice E. *Behavioral antitrust*. Indiana Law Journal: Vol. 86: Iss. 4, Article 7, p. 1532.

<sup>8</sup> OECD. *Integrating Consumer Behaviour Insights in Competition Enforcement: OECD Competition Policy Roundtable Background Note*, 2022, p. 8. Available at: [www.oecd.org/daf/competition/integrating-consumer-behaviour-insights-in-competition-enforcement-2022.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/integrating-consumer-behaviour-insights-in-competition-enforcement-2022.pdf). Access on August 27, 2023.

thinking process (such as the one for solving a complex mathematical problem). The latter is reserved for the most important decisions<sup>9</sup>.

In order to make decision-making easier, humans have developed “mental shortcuts”, also called “heuristics”, that work as “rules of thumb” to simplify the understanding of reality. Although generally useful, these heuristics can amount to biases, which in turn lead to errors in judgment, even among experienced researchers<sup>10</sup>, and to failures to predict the outcomes and prospects of each scenario<sup>11</sup>.

### 2.1. *Decision-making mistakes and biases*

Many heuristics and biases have already been described by behavioral economics<sup>12</sup>. Among them, the heuristic of availability indicates that people tend to misrepresent results based on information that is more readily available on their memory. And, in turn, they tend to overestimate the likelihood of an uncertain event by basing their assessment on this small number of available examples (such as an increased fear of flying after large plane crashes, in spite of these having little impact in overall long-term plane safety statistics)<sup>13-14</sup>.

<sup>9</sup> KAHNEMAN, Daniel. *Thinking: fast and slow*. Farrar, Straus and Giroux: 2013.

<sup>10</sup> KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Science, New Series, Vol. 185, No. 4157. (Sep. 27, 1974), pp. 1124-1131.

<sup>11</sup> KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Advances in Prospect Theory: Cumulative Representation of Uncertainty*. Journal of Risk and Uncertainty, 1992, Vol. 5, No. 4 (1992), pp. 297-323.

<sup>12</sup> For a simplified overview of the main ones, see REEVES, Amanda P. STUCKE, Maurice E. *Behavioral antitrust*. Indiana Law Journal: Vol. 86: Iss. 4, Article 7. Nonetheless, more than one hundred biases have already been described. See OECD. *Integrating Consumer Behaviour Insights in Competition Enforcement: OECD Competition Policy Roundtable Background Note, 2022*. Available at: [www.oecd.org/daf/competition/integrating-consumer-behaviour-insights-in-competition-enforcement-2022.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/integrating-consumer-behaviour-insights-in-competition-enforcement-2022.pdf). Access on 27 August 2023.

<sup>13</sup> KAHNEMAN, Daniel. *Thinking: fast and slow*. Farrar, Straus and Giroux: 2013, chapter 10.

<sup>14</sup> Another example is anchoring, which notes that an initial value suggestion ends up adjusting the final response: for instance, if asked to estimate the distance from São Paulo to Sydney by choosing from a list with “10,000 km”, “20,000 km”, “30,000 km” and “Other”, people are more likely to choose one out of the three already-provided numbers than inputting a different value, as their response has been anchored by the three alternative options. KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Science, New Series, Vol. 185, No. 4157. (Sep. 27, 1974), pp. 1124-1131.

Prospect theory, particularly, focuses on anomalies on how humans predict the outcome of future events and their incorrect internal assessments of the resulting gains and losses in each situation due to heuristics and biases. Prospect theory has described, for example, the phenomena of loss aversion, indicating that, for most people, “losses loom larger than gains”<sup>15</sup>, so they tend to take less risk when faced with a potential loss of something than a potential gain of the same value. This also leads to framing effects: depending on how a problem is presented, people may choose differently between the presented options, particularly to avoid perceived losses<sup>16</sup>.

The recognition that humans are averse to loss has led prospect theory to a further acknowledgement, that of status quo bias: people are less likely to switch between two equivalent options (or even to a better option) when they have already been offered and made a choice for one of them. Because they overestimate the losses caused from dropping their current choice, they avoid switching to the new one. This is particularly the case when more alternative options are presented (thereby increasing the difficulty in accurately predicting the outcome of each alternative)<sup>17</sup>.

## 2.2. *Nudges and choice architecture: directing human behavior*

Acknowledging limitations on human rationality has also led to studies on how to explore these limitations to improve or direct human behavior towards a given desired outcome. Authors have argued that, by

---

<sup>15</sup> KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Advances in Prospect Theory: Cumulative Representation of Uncertainty*. Journal of Risk and Uncertainty, 1992, Vol. 5, No. 4 (1992), pp. 297-323, p. 298. See also THALER, Richard H. *Toward a Positive Theory of Consumer Choice*. Journal of Economic Behavior & Organization, Volume 1, Issue 1, March 1980, Pages 39-60.

<sup>16</sup> For instance, if a person has to choose between a risk of losing \$200 of their salary or a chance of winning \$200 on a lottery ticket, even if the probability of success on both is the same, they are more likely to choose the chance of winning the lottery ticket even if the odds for both are exactly the same (meaning that they should be economically indifferent). KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Advances in Prospect Theory: Cumulative Representation of Uncertainty*. Journal of Risk and Uncertainty, 1992, Vol. 5, No. 4 (1992), pp. 297-323.

<sup>17</sup> See KAHNEMAN, Daniel. KNETSCH, Jack L. THALER, Richard H. *Anomalies: the endowment effect, loss aversion and status quo bias*. The Journal of Economic Perspectives, Vol. 5, No. 1., 1991, pp. 193-206.

switching the way in which a problem is presented, humans can respond differently and lean towards a given outcome, even if no alternatives are restricted or prohibited and absent changes to economic incentives. These basic changes in how problems are presented in order to direct behavior have been called “nudges”<sup>18</sup>.

While nudge-based approaches are sometimes criticized as paternalistic<sup>19</sup>, they are rooted in the finding that the alternatives to directing people towards a given outcome usually leave all those involved worse-off than doing so (and are thus welfare enhancing)<sup>20</sup>.

Choice architecture arises from a finding that most people can be expected to react in a certain way when faced with a given option, and that these options can be better designed to avoid confusion and improve overall outcomes. Nudges and default settings can also be explored in policy design, such as in the fields of organ donation, optional fee payments and data-sharing obligations<sup>21</sup>. Choice architecture studies also notes that many usual activities and decisions involve some level of choice architecture: whether in

---

<sup>18</sup> “A nudge [...] is any aspect of the choice architecture that alters people’s behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid. Nudges are not mandates. Putting fruit at eye level counts as a nudge. Banning junk food does not”. THALER, Richard H. SUNSTEIN, Cass. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. Penguin Books, 2008, p. 8. One traditional example of a nudge is painting a fly on men’s urinals at an airport, thereby directing their aim towards the fly and improving overall bathroom hygiene.

<sup>19</sup> Although the advocates of nudge usually frame this type of influence as benign, there is much discussion on its negative impacts. For instance, Kuyler and Gordijn systematically review the critics on nudging and catalogue four main ethical issues: (i) autonomy, (ii) welfare, (iii) long-term adverse effects, and (iv) democracy and deliberation. See KUYER, Paul. GORDIJN, Bert. *Nudge in perspective: A systematic literature review on the ethical issues with nudging*. *Rationality and Society*, 35(2), 2023, 191-230. Available at: <https://doi.org/10.1177/10434631231155005>.

<sup>20</sup> BALZ, John P. SUNSTEIN, Cass. THALER, Richard H. Choice architecture. In: SHAFIR, Eldar (ed.). *The Behavioral Foundation of Policy*. Princeton: Princeton University Press, 2012, chapter 25.

<sup>21</sup> THALER, Richard H. SUNSTEIN, Cass. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. Penguin Books, 2008.

a doctor presenting treatment option to a patient, or a restaurant owner choosing how to place food on a buffet<sup>22</sup>.

A default option is a type of nudge, since users will tend to choose that option: “if, for a given choice, there is a default option—an option that will obtain if the chooser does nothing—then we can expect a large number of people to end up with that option, whether or not it is good for them”<sup>23</sup>. Default options have been found to be greatly powerful. For instance, the use of default to presume consent of organ donors has been proved effective to increase donation rates in several countries. Instead of requesting potential organ donors to explicitly express their consent by opting-in, countries such as Austria, Belgium, France, Hungary and Portugal rely on the opt-out system, leading to organ donation rates of more than 90% that avoid organ donation shortages<sup>24</sup>.

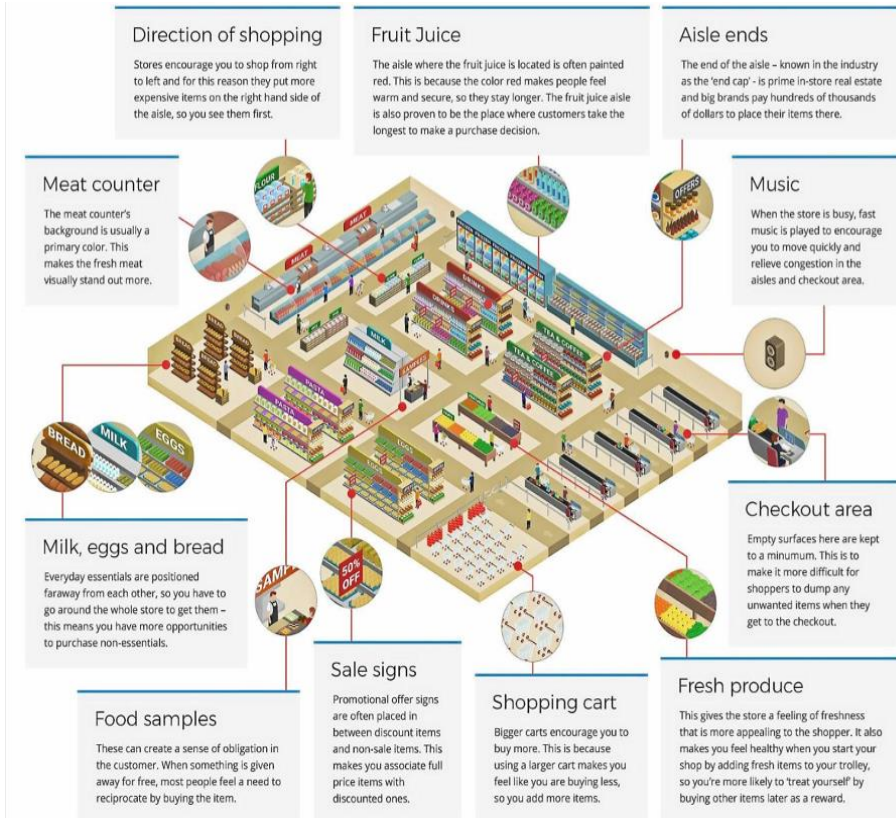
For illustration purposes, the image below shows several ways that nudges are explored in the offline world:

---

<sup>22</sup> BALZ, John P. SUNSTEIN, Cass. THALER, Richard H. Choice architecture. In: SHAFIR, Eldar (ed.). *The Behavioral Foundation of Policy*. Princeton: Princeton University Press, 2012, chapter 25.

<sup>23</sup> BALZ, John P. SUNSTEIN, Cass. THALER, Richard H. Choice architecture. In: SHAFIR, Eldar (ed.). *The Behavioral Foundation of Policy*. Princeton: Princeton University Press, 2012, chapter 25.

<sup>24</sup> LI, Jessica. NIKOLKA, Till. *The Effect of Presumed Consent Defaults on Organ Donation*. CESifo DICE Report 4/2016. December, 2016, 90-94. Available at: <https://www.ifo.de/DocDL/dice-report-2016-4-li-nikolka-december.pdf>. Access on 10 September 2023.

**Figure 1. Nudges in grocery stores<sup>25</sup>**

A 2018 quantitative and qualitative analysis of past literature on the effectiveness of nudging found that, while nudging may be partially less effective than originally proclaimed, its effects depend significantly on the context in which they are applied (e.g., finances, environment, health, privacy etc.) and the nudge category (e.g., reminders, defaults, disclosures, simplifications, warnings etc.). This review found that “default nudges seem

<sup>25</sup> BECKETT, Samantha. Why your local grocery store is designed like a casino. *The Oakland Press*: January 2018, available at: <https://www.theoaklandpress.com/2018/01/09/why-your-local-grocery-store-is-designed-like-a-casino/>. Access on 8 September 2023.

to be more effective than any other nudge category”, a result which “can be explained by the status quo bias [...] and decision inertia”<sup>26</sup>.

### 2.3. *Dark patterns: the dark side of choice architecture*

Not all choice architectures are, however, promoting the best interest of those making choices: “the menu designer may want to push profitable items or those about to spoil by printing them in bold print”<sup>27</sup>, even if these options are less healthy or more expensive. Richard Thaler, one of the founders of nudge theory, coined the term “sludge” to differentiate the nudges that were used for “less benevolent purposes”. In Thaler’s definition, sludges can either “discourage behavior that is in a person’s best interest” or “encourage self-defeating behavior”<sup>28</sup>.

In digital environments, sludges have been addressed by many names. The most prominent designations in the last few years are “dark patterns” and “deceptive design”, popular in the User Experience Design (UX) and User Interface Design (UI) fields and Human-Computer Interaction (HCI) research. “Dark pattern” was an expression coined by UX expert Harry Brignull to frame “tricks used in websites and apps that make you do things that you didn’t mean to, like buying or signing up for something”<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> HUMMEL, Dennis; MAEDCHE, Alexander. *How effective is nudging? A quantitative review on the effect sizes and limits of empirical nudging studies*. Journal of Behavioral and Experimental Economics Volume 80, June 2019, page 56.

<sup>27</sup> BALZ, John P. SUNSTEIN, Cass. THALER, Richard H. Choice architecture. In: SHAFIR, Eldar (ed.). *The Behavioral Foundation of Policy*. Princeton: Princeton University Press, 2012, p. 430.

<sup>28</sup> THALER, Richard H. Nudge, not sludge. *Science*, 361(6401), 431-431.

<sup>29</sup> For years, Harry Brignull has been feeding a website to raise awareness on the phenomenon, providing a taxonomy and real-life examples (“hall of shame”) of dark patterns with the collaboration of many others. The first version of the website could be reached at <http://darkpatterns.org/>. The most updated version of the website is now available at <https://www.deceptive.design/>, with the contribution of Harry Brignull sided with Dr. Mark Leiser (VU-Amsterdam), Dr. Cristiana Santos (Utrecht University) and Kosha Doshi (Symbiosis Law School) The new naming choice is attributed to “a commitment to avoiding language that might inadvertently carry negative associations or reinforce harmful stereotypes”.



These design patterns are significantly widespread on the Internet and their frequency has been investigated both by academia and governmental bodies in several instances. As shown by the OECD<sup>30</sup> in its aggregation of several sources that investigate the use of dark patterns, research has been laid on the occurrence of dark patterns in e-commerce; cookie consent notices; targeted research regarding major online platforms conducted by consumer authorities; search engines and browsers; games. Although the figures may vary, such investigations are in unison when identifying that dark patterns are widespread - “far from a niche practice”<sup>31</sup>.

Product positioning that exploits human biases is not limited to digital markets, as the classic visual merchandising principle indicates “eye level is buy level”. However, the success of dark patterns in digital environments is essentially due to the high degree of customization that can be tailored to each user<sup>32</sup>. Simple access on an interface is capable of generating a large amount of data and metadata that when processed, serve as a basis for identifying the audience (audience profiling) and directing the product or service to consumption aligned with the public (audience targeting). Add to this the fact that digital players can test the effectiveness of interface design choices through A/B testing, a methodology in which multiple versions of the same content are presented to different groups.

For economic organizations, dark patterns can lead to significant profits for many and, eventually, they can also be used to facilitate anticompetitive behavior to the extent they increase barriers to entry or foreclose

---

<sup>30</sup> OECD. *Dark Commercial Patterns: OECD Digital Economy Papers No. 336*, 2022. Available at: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/44f5e846-en.pdf?expires=1694340686&id=id&accname=guest&checksum=56968832CC0618F5B7135E2CB1357104>. Access on 3 September 2023.

<sup>31</sup> OECD. *Dark Commercial Patterns: OECD Digital Economy Papers No. 336*, 2022, , p. 19. Available at: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/44f5e846-en.pdf?expires=1694340686&id=id&accname=guest&checksum=56968832CC0618F5B7135E2CB1357104>. Access on 3 September 2023.

<sup>32</sup> ZINGALES, Luigi; ROLNIK, Guy; LANCIERI, Filippo Maria. Final Report, Stigler Committee on Digital Platforms, *Stigler Center for the Study of the Economy and the State*, 2019, p. 58. Available at: <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>. Access on 10 September 2023.

rivals' access to consumers<sup>33</sup>. One example is the use of defaults, also treated as a “preselection” dark/deceptive pattern, which can result in impacts in competition:

“[O]ne outcome of default bias may be inertia, with consumers switching between firms on the basis of better offers less frequently than traditional models may predict. Competition may theoretically ‘only be a click away’ but if consumers have biases towards defaults or risk aversion, then this competition may never take place, at which point being the default option becomes a very valuable asset [...] firms can also exacerbate or exploit the existence of the default bias”<sup>34</sup>.

### 3. “Behavioral antitrust” and its recognition by competition authorities

Behavioral antitrust is a call for antitrust agencies to drop the traditional Chicago School thinking that includes perfect rationality assumptions and start acknowledging the real-life impacts of bounded rationality, heuristics and biases<sup>35</sup>.

Advocates of behavioral antitrust argue that while, on the one hand, authorities themselves may have their decision-making processes impacted by heuristics and biases<sup>36</sup>, on the other hand their failure to even acknowledge behavioral insights on the first place may lead them to fail to

<sup>33</sup> FLETCHER, Amelia. *The EU Google Decisions: extreme enforcement or the tip of the behavioral iceberg?* *Competition Policy International*. January 2019. Available at: <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-eu-google-decisions-extreme-enforcement-or-the-tip-of-the-behavioral-iceberg/>. Access on 3 September 2023. See also STUCKE, Maurice. *Behavioral antitrust and monopolization*. UTK Law Faculty Publications, 749, 2012.

<sup>34</sup> OECD. *Integrating Consumer Behaviour Insights in Competition Enforcement: OECD Competition Policy Roundtable Background Note*, 2022, p. 9. Available at: [www.oecd.org/daf/competition/integrating-consumer-behaviour-insights-in-competition-enforcement-2022.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/integrating-consumer-behaviour-insights-in-competition-enforcement-2022.pdf). Access on August 27, 2023.

<sup>35</sup> REEVES, Amanda P. STUCKE, Maurice E. *Behavioral antitrust*. *Indiana Law Journal*: Vol. 86: Iss. 4, Article 7, p. 1532.

<sup>36</sup> COOPER, James C. KOVACIC, William E. *Behavioral Economics and Its Meaning for Antitrust Agency Decision Making*, 8 *J.L. Econ. & Pol'y* 779, 2012.

acknowledge phenomena of antitrust importance or to adopt incorrect neo-classical assumptions<sup>37</sup>.

This section explores the second aspect, that is, how antitrust authorities have incorporated behavioral insights in their practice. It starts with an overview of global guidelines and reports on the subject, and then continues to assess their impact in the Brazilian antitrust authority's decision-making. Upon a finding of limited decision incorporation in Brazil, it then moves on to discuss the main competition decisions worldwide that have been argued to incorporate behavioral insights: the European Commission decisions in the Google cases<sup>38</sup>.

### 3.1. *Guidelines and reports*

Although lacking in force in comparison with positive law or past practice, guidelines and reports have been an important resource for competition authorities when dealing with complex themes and frontier markets. For instance, competition agencies and other public bodies around the world have issued or commissioned expert reports on the challenges raised by digital markets, including Australia, Canada, France, Japan, United Kingdom, the European Commission, among others - many of which were reviewed by Brazil's antitrust authority, the Administrative Council for Economic Defense ("CADE").

Most of these reports pinpoint the relevance of behavioral economics insights to understand the market dynamics in digital environments, describing the ways by which digital platforms can explore human biases and heuristics, as well as how digital platforms use nudges and sludges (dark patterns) to shape user behavior.

---

<sup>37</sup> *Id.* See also STUCKE, Maurice. *Behavioral antitrust and monopolization*. UTK Law Faculty Publications, 749, 2012, and AZEVEDO, Paulo F. *Economia comportamental e antitruste: deu match?* In: ZINGALES, Nicolo. FARANI, Paula A. (org.) *A aplicação do direito antitruste em ecossistemas digitais*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022, pp. 111-137.

<sup>38</sup> As identified by the OECD. See OECD. *Integrating Consumer Behaviour Insights in Competition Enforcement: OECD Competition Policy Roundtable Background Note*, 2022, p. 9. Available at: [www.oecd.org/daf/competition/integrating-consumer-behaviour-insights-in-competition-enforcement-2022.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/integrating-consumer-behaviour-insights-in-competition-enforcement-2022.pdf). Access on 27 September 2023.

For instance, the Norwegian Consumer Council (Forbrukerrådet) published in 2018 the report “Deceived by Design: how tech companies use dark patterns to discourage us from exercising our rights to privacy”<sup>39</sup>, which analyzes GDPR pop-ups of three of the largest digital service providers with dominant market positions: Facebook, Google, and Microsoft, which contained different types of dark patterns. Dark patterns, according to Forbrukerrådet, are deemed as ethically problematic “because they mislead users into making choices that are not in their interest and deprive them of their agency”.

The French administrative regulatory body of data protection, Commission nationale de l’informatique et des libertés (CNIL), published in 2019 the report “Shaping Choices in the Digital World - From dark patterns to data protection: the influence of UX/UI design on user empowerment”<sup>40</sup>. CNIL’s report assumes that technology has never been neutral, and neither is its design. As such, it is of prime importance to investigate the ways by which user interface design shapes human-machine interaction and affects the implementation of rights and promotion of competition. The report borrows insights from studies on behavioral economics on the attention economy added to the development of persuasive technologies to argue that a “vicious struggle to control attention and its economic, social and cognitive mechanisms” is ongoing<sup>41</sup>, and “taking advantage of all cognitive biases

---

<sup>39</sup> FORBRUKERRÅDET. *Deceived by Design: How Tech Companies Use Dark Patterns to Discourage Us from Exercising Our Rights to Privacy*, 2018. Available at: <https://www.forbrukerradet.no/undersokelse/no-undersokelsekategori/deceived-by-design>. Access on 3 September 2023.

<sup>40</sup> CNIL. *Shaping Choices in the Digital World - From dark patterns to data protection: the influence of UX/UI design on user empowerment*, 2019. Available at: [https://www.cnil.fr/sites/cnil/files/2023-06/cnil\\_ip\\_report\\_06\\_shaping\\_choices\\_in\\_the\\_digital\\_world.pdf](https://www.cnil.fr/sites/cnil/files/2023-06/cnil_ip_report_06_shaping_choices_in_the_digital_world.pdf). Access on 3 September 2023.

<sup>41</sup> CNIL. *Shaping Choices in the Digital World - From dark patterns to data protection: the influence of UX/UI design on user empowerment*, 2019, p. 14. Available at: [https://www.cnil.fr/sites/cnil/files/2023-06/cnil\\_ip\\_report\\_06\\_shaping\\_choices\\_in\\_the\\_digital\\_world.pdf](https://www.cnil.fr/sites/cnil/files/2023-06/cnil_ip_report_06_shaping_choices_in_the_digital_world.pdf). Access on 3 September 2023.

... is one of the fundamental levers in the race to capture attention of Internet users”<sup>42</sup>.

The United Kingdom Competition & Markets Authority (CMA) published in 2022 an extensive discussion paper on “Online Choice Architecture: How digital design can harm competition and consumers”<sup>43</sup> and, more recently in 2023, the joint position paper along with the Information Commissioner’s Office on “Harmful design in digital markets: How Online Choice Architecture practices can undermine consumer choice and control over personal information”<sup>44</sup>. In the first discussion paper, the UK authority posits that Online Choice Architecture “can weaken or distort the competitive process by shifting the incentive to compete on product attributes that benefit the consumer, such as quality and price, towards less relevant or beneficial attributes such as salience”<sup>45</sup>. In the second joint paper, the UK authority stresses the harms imposed by choice online architecture on competition merits regarding personal data processing, for instance, by “using OCA [online choice architecture] to collect more personal data from consumers than they would be willing to give by choice and by preferencing data collection for the firm” own services over its competitors”<sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> CNIL. *Shaping Choices in the Digital World - From dark patterns to data protection: the influence of UX/UI design on user empowerment*, 2019, p. 15. Available at: [https://www.cnil.fr/sites/cnil/files/2023-06/cnil\\_ip\\_report\\_06\\_shaping\\_choices\\_in\\_the\\_digital\\_world.pdf](https://www.cnil.fr/sites/cnil/files/2023-06/cnil_ip_report_06_shaping_choices_in_the_digital_world.pdf). Access on 3 September 2023.

<sup>43</sup> CMA. *Online Choice Architecture: How digital design can harm competition and consumers*, 2022. Available at: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/1066524/Online\\_choice\\_architecture\\_discussion\\_paper.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1066524/Online_choice_architecture_discussion_paper.pdf). Access on 3 September 2023.

<sup>44</sup> CMA; ICO. *Harmful design in digital markets: How Online Choice Architecture practices can undermine consumer choice and control over personal information*, 2023. Available at: [https://www.drcf.org.uk/\\_data/assets/pdf\\_file/0024/266226/Harmful-Design-in-Digital-Markets-ICO-CMA-joint-position-paper.pdf](https://www.drcf.org.uk/_data/assets/pdf_file/0024/266226/Harmful-Design-in-Digital-Markets-ICO-CMA-joint-position-paper.pdf). Access on 3 September 2023.

<sup>45</sup> CMA. *Online Choice Architecture: How digital design can harm competition and consumers*, 2022, p. 29. Available at: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/1066524/Online\\_choice\\_architecture\\_discussion\\_paper.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1066524/Online_choice_architecture_discussion_paper.pdf). Access on 3 September 2023.

<sup>46</sup> CMA; ICO. *Harmful design in digital markets: How Online Choice Architecture practices can undermine consumer choice and control over personal information*, 2023, p. 10.. Available at: [https://www.drcf.org.uk/\\_data/assets/pdf\\_file/0024/266226/Harmful-Design-in-Digital-Markets-ICO-CMA-joint-position-paper.pdf](https://www.drcf.org.uk/_data/assets/pdf_file/0024/266226/Harmful-Design-in-Digital-Markets-ICO-CMA-joint-position-paper.pdf). Access on 3 September 2023.

Other examples of reports on digital markets that explore behavioral economics include the Netherlands guidelines “Protection of the online consumer: Boundaries of online persuasion”<sup>47</sup>, the Sweden report “Barriers to a well-functioning digital market: effects of visual design and information disclosures on consumer detriment”<sup>48</sup>, the European Commission study “Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment: dark patterns and manipulative personalisation”<sup>49</sup>, among others.

Digital markets, however, are not the only field in which behavioral economics are applied. The financial sector has been a target of the Occasional Paper no. 1 “Applying behavioural economics at the Financial Conduct Authority” published in 2013<sup>50</sup>, in which it addresses how the United Kingdom Financial Conduct Authority (FCA) can apply behavioral economics in its practice. The organization defines three steps to this task: (i) identify and prioritize risks to consumers; (ii) understand root causes of problems; and (iii) design effective interventions. According to the FCA, this integration can lead to impacts on “policy - i.e. creating our rules and guidance; analysing firms’ business models, behaviour and products when authorising or supervising firms; building evidence for enforcement cases; and shaping FCA and firm communications with customers”<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> ACM. *Protection of the online consumer: Boundaries of online persuasion*, 2020. Available at: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-02/acm-guidelines-on-the-protection-of-the-online-consumer.pdf> Access on 3 September 2023.

<sup>48</sup> KONSUMENTVERKET. *Barriers to a well-functioning digital market: effects of visual design and information disclosures on consumer detriment*, 2021. Available at: <https://www.medvetenkonsumtion.se/wp-content/uploads/2021/05/Konsumentverket-underlagsrapport-barriers-digital-market.pdf>. Access on 3 September 2023.

<sup>49</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment Dark patterns and manipulative personalisation*, 2022. Available at: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/606365bc-d58b-11ec-a95f-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-257599418>. Access on 3 September 2023.

<sup>50</sup> FCA. *Applying behavioural economics at the Financial Conduct Authority*, 2013. Available at: <https://www.fca.org.uk/publication/occasional-papers/occasional-paper-1.pdf>. Access on 3 September 2023.

<sup>51</sup> FCA. *Applying behavioural economics at the Financial Conduct Authority*, 2013, p. 9. Available at: <https://www.fca.org.uk/publication/occasional-papers/occasional-paper-1.pdf>. Access on 3 September 2023.

The United Kingdom Department for Environment, Food and Rural Affairs (Defra), also in 2013, published the paper “Behavioural Economics in Defra: Applying Theory to Policy”<sup>52</sup>, in which the organization discusses the literature in behavioral economics and bring these insights inside its policy practice. It states that “there is certainly a role for behavioural economics both in ‘fine tuning’ existing policies, and in thinking about how best to design new policies based on existing policy instrument selection.”<sup>53</sup>

More general approaches can also be found in these reports. For instance, the Netherlands Authority for Consumers and Markets (ACM) published the document “Behavioural Economics and Competition Policy” based on a study commissioned to Oxera on the subject<sup>54</sup>. Among other themes including consumer biases and firm biases, the document brings a discussion on markets with “pockets of market power”. This happens when “consumers are found to focus mainly (only) on the primary price when comparing competing product offerings and are less price sensitive to the price of add-ons”.<sup>55</sup> Although the rules against abuse of dominant position may apply, this phenomenon may call for an integrated response of consumer protection and policy initiatives when the exploration of consumer biases is persistent – as was the case of ACM decision on the practice of drip-pricing by Ryanair.

---

<sup>52</sup> DEFRA. *Behavioural Economics in Defra: Applying Theory to Policy*, 2013. Available at: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/223835/pb13986-behavioural-economics-defra.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/223835/pb13986-behavioural-economics-defra.pdf). Access on 3 September 2023.

<sup>53</sup> DEFRA. *Behavioural Economics in Defra: Applying Theory to Policy*, 2013, p. 12. Available at: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/223835/pb13986-behavioural-economics-defra.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/223835/pb13986-behavioural-economics-defra.pdf). Access on 3 September 2023.

<sup>54</sup> ACM. *Behavioural Economics and Competition Policy*, 2013. Available at: [https://www.acm.nl/sites/default/files/old\\_publication/publicaties/11586\\_acm-behavioural-economics-competition-policy.pdf](https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/11586_acm-behavioural-economics-competition-policy.pdf). Access on 3 September 2023.

<sup>55</sup> ACM. *Behavioural Economics and Competition Policy*, 2013, p. 12. Available at: [https://www.acm.nl/sites/default/files/old\\_publication/publicaties/11586\\_acm-behavioural-economics-competition-policy.pdf](https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/11586_acm-behavioural-economics-competition-policy.pdf). Access on 3 September 2023.

### 3.2. *Brazil's limited recognition of behavioral economics in decision-making*

CADE has been sparsely taking measures to include behavioral economics in its agenda, adding to its commissioned report mentioned above in which behavioral economics have been described as the “key” to understand some competition dynamics between digital services<sup>56</sup>. In October 5, 2020, CADE promoted a webinar to discuss “The role of behavioral economics in antitrust analysis” with United Kingdom professor Amelia Fletcher and and U.S. professor Stephen Martin<sup>57</sup>. In April 2022, CADE’s Department of Economic Studies launched a competitive process for hiring a specialized consultant to conduct a review of studies on behavioral economics<sup>58</sup>.

In spite of these initiatives, CADE has not incorporated behavioral insights to a large extent in its past decisions, with some of its authorities arguing against doing so at the current stage of studies on the topic<sup>59</sup>. Nonetheless, some majority decisions by CADE’s Tribunal reference behavioral economics’ contributions as part of their findings. A few minority decisions

---

<sup>56</sup> LANCIERI, Filippo. SAKOWSKI, Patricia A. M. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*. CADE, Documento de Trabalho nº 005/2020. Brasília: 2020. Available at: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrencia-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>. Access on 3 September 2023.

<sup>57</sup> CADE. *Papel da economia comportamental nas análises antitruste é tema de seminário do Cade*. 30 September 2020, available at: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/papel-da-economia-comportamental-nas-analises-antitruste-e-tema-de-seminario-do-cade>. Access on 3 September 2023.

<sup>58</sup> CADE. *Termo de Referência*. Proceeding No. 08700.002020/2022-53, 2022.

<sup>59</sup> CADE’s Chief Economist has argued that the findings of behavioral economics do not justify a change to traditional antitrust approach. See RESENDE, Guilherme M. *Antitruste comportamental: pronto para o palco principal?* Consultor Jurídico, 6 September 2021, available at: <https://www.conjur.com.br/2021-set-06/defesa-concorrencia-antritruste-comportamental-pronto-palco-principa>. Access on 27 August 2023. CADE’s current Commissioner Luis Braido has further noted that there are challenged to overcome before incorporating behavioral insights into antitrust policy, and that “*behavioral economics, at its current stage, is not capable of orienting a violation-fighting policy choice. It would require designing and running experiments on those issues*”. BRAIDO, Luis H. B. *Desafios à utilização da economia comportamental no antitruste*. In: ZINGALES, Nicolo. FARANI, Paula A. (org.) *A aplicação do direito antitruste em ecossistemas digitais*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022, pp. 111-137.



have relied to a greater extent on behavioral economics - although their findings were not ultimately followed by the majority of CADE's Tribunal.

In a 2012 decision on a cartel investigation against gas stations in the municipality of Caxias do Sul/RS, Commissioner Eduardo Pontual Ribeiro argued that even cartels among small players can harm competition, since, due to imperfect information and behavioral biases, consumers may take time to react to a price increase<sup>60</sup>. Other decisions in cartel cases have also made minor references to behavioral economics to support ancillary arguments<sup>61</sup>.

In a 2017 case that discussed abuses in intellectual property rights in the auto parts aftermarket, Commissioner Paulo Burnier da Silveira referenced behavioral biases to argue that consumers would tend to underestimate their need for spare parts due to their tendency to overestimate their performance in caring for their vehicles, and thus competition in the market for original vehicles did not exert significant rivalry over the aftermarket. This finding contributed to the Commissioner's understanding that enforcing intellectual property rights on the aftermarket harmed consumers, who were locked into a given manufacturer<sup>62</sup>. His opinion was, however, a minority one, and the case was ultimately closed without penalties.

---

<sup>60</sup> CADE. *Commissioner Eduardo Pontual Ribeiro's vote in Administrative Procedure No. 08012.010215/2007-96* (Defendants: Ademir Antônio Onzi, Darci José Tonietto, Deunir Luis Argenta, Evaristo Antônio Andreazza and others), 2012, p. 48.

<sup>61</sup> For instance, in one case, Commissioner Cristiane Alkmin argued that it would not be rational for a public entity to enter into an individual agreement with each company participating in the bid, as this would go against behavioral economics and game theory's propositions on human behavior. In another case, CADE's Chairman Alexandre Barreto used behavioral economics to challenge the assumption that businessmen would engage in cartels with a perfectly rational goal to win economic profit, and thus that penalties should not be calculated strictly based on a player's profits with a cartel. See CADE. *Commissioner Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt in Administrative Procedure No. 08012.006667/2009-35* (Defendants: Cial Comércio e Indústria de Alimentos Ltda.; Comissária Aérea Rio de Janeiro Ltda. and others), 2018, and CADE. *Chairman Alexandre Barreto de Souza's vote in Administrative Procedure No. 08700.000066/2016-90* (Defendants: Araguaia Indústria Comércio e Serviços Ltda. – EPP; Coming Comunicações Ópticas S.A.; Coming Incorporated and others), 2021.

<sup>62</sup> CADE. *Commissioner Paulo Burnier da Silveira's vote in Administrative Procedure No. 08012.002673/2007-51* (Defendants: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda.; Fiat Automóveis S.A.; and Ford Motor Company Brasil Ltda), 2017.

The longest analysis on behavioral issues in a past CADE decision comes from Commissioner Paula Farani's opinion in the Google Shopping case. The case concerned an accusation that Google was unfairly privileging its own comparison-shopping service, Google Shopping, by placing product ads in a more prominent position in the Google search results page than it ranked competing price comparison sites. Specifically, for certain queries, Google displayed product ads in a dynamic format with images for each product as the first option on the search results page, while price comparison sites were displayed in plain text among other search results (without the ability to also display their own product ads with images in the Google search results page).

Commissioner Paula Farani described bounded rationality and decision-making biases to support her understanding that, by placing its own product ads in the first position of the Google search results page, Google was nudging consumers. She argued that antitrust intervention was necessary to build an effective architecture of choice, that is, a search results page that allowed users to freely choose among search results. Her opinion was nonetheless also a minority one; CADE decided to close the case without any penalties against Google because it did not find any actual empirical evidence that Google's conduct had harmed price comparison sites<sup>63</sup>.

Behavioral economics have therefore had a marginal importance on past CADE decisions; the only ones that relied on them to a greater extent to justify a finding were not followed by the majority of CADE's Tribunal. This, however, should not be understood as an explicit rejection of behavioral economics – rather, the majority decisions on those cases focused on other aspects of the case. CADE has slowly been referencing behavioral economics in webinars and reports, but is still to incorporate it to a greater extent in its decisions.

---

<sup>63</sup> CADE. Commissioner Paula Farani Azevedo Silveira's vote in Administrative Procedure No. 08012.010483/2011-94 (Defendants: Google Inc. and Google Brasil Internet Ltda., 2019).

### 3.3. *The European leading cases incorporating behavioral economics and the proposed remedies*

In spite of Brazil's limited adoption of behavioral economics in decisions to date, a 2022 OECD report cites four leading global cases as examples of "exclusionary cases in which behavioural economics played a role"<sup>64</sup>, all of which were decided by the European Commission: (i) its 2004 decision against Microsoft for tying Windows Media Player to its Windows operating system<sup>65</sup>, (ii) its 2009 settlement with Microsoft after it challenged the company for tying its Internet Explorer browser to the Windows operating system<sup>66</sup>; (iii) its 2017 decision to fine Google for unfairly privileging its own product results over those of rival comparison shopping services<sup>67</sup> (a similar fact pattern to the case investigated in Brazil, explained above)<sup>68</sup>; and (iv) its 2018 decision fining Google for a series of practices concerning its Android mobile operating system, including tying its search application to access to the Google Play store<sup>69</sup>.

In the Microsoft cases, however, the Commission did not explicitly refer to behavioral economics or biases to ground its decision; particularly in the first case, it found empirical evidence showing that users were less

---

<sup>64</sup> OECD. *Integrating Consumer Behaviour Insights in Competition Enforcement: OECD Competition Policy Roundtable Background Note*, 2022, page 19. Available at: [www.oecd.org/daf/competition/integrating-consumer-behaviour-insights-in-competition-enforcement-2022.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/integrating-consumer-behaviour-insights-in-competition-enforcement-2022.pdf). Access on 27 August 2023.

<sup>65</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Commission Decision* (Case COMP/C-3/37.792 - Microsoft), May 2004. See also STUCKE, Maurice. *Behavioral antitrust and monopolization*. UTK Law Faculty Publications, 749, 2012.

<sup>66</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Commission Decision* (Case COMP/C-3/39.530 - Microsoft (Tying)), December 2009. See also STUCKE, Maurice. *Behavioral antitrust and monopolization*. UTK Law Faculty Publications, 749, 2012.

<sup>67</sup> In Brazil, these services are more commonly referred to as "price comparison sites" (*serviços de comparação de preços*). For the purposes of this section, we kept the "comparison shopping service" designation as used in the European Commission decision, but it should be read interchangeably with "price comparison site" as used in the section discussing the Brazilian case.

<sup>68</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Commission Decision* (Case AT.39740 - Google Search (Shopping)), June 2017.

<sup>69</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Commission Decision* (Case AT.40099 - Google Android), July 2018.

likely to switch from a default option (and thus “the use of empirical analysis implicitly incorporated the impact of the behavioural bias”<sup>70</sup>). The Google decisions, on the other hand, have been among the first to include explicit mention of behavioral biases to ground the decisions’ market foreclosure theory<sup>71</sup>, and thus “may represent a high-water mark for the use of behavioral economics in EU competition policy to date”<sup>72</sup>.

The Commission also ordered Google to cease the infringements and communicate the specific measures it intended to apply to bring each one to an end – leaving to Google the design of the remedy.

In the Shopping case, Google started allowing products from rival comparison-shopping sites to compete with Google’s own ads in an auction to be displayed in the high-ranking dynamic product results box<sup>73</sup>. Google’s remedy did not change the architecture of its search results page, the Shopping box’s position as the first search result, nor the remaining organic search algorithms<sup>74</sup>:

---

<sup>70</sup> OECD. *Integrating Consumer Behaviour Insights in Competition Enforcement: OECD Competition Policy Roundtable Background Note*, 2022, page 19. Available at: [www.oecd.org/daf/competition/integrating-consumer-behaviour-insights-in-competition-enforcement-2022.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/integrating-consumer-behaviour-insights-in-competition-enforcement-2022.pdf). Access on 27 August 2023.

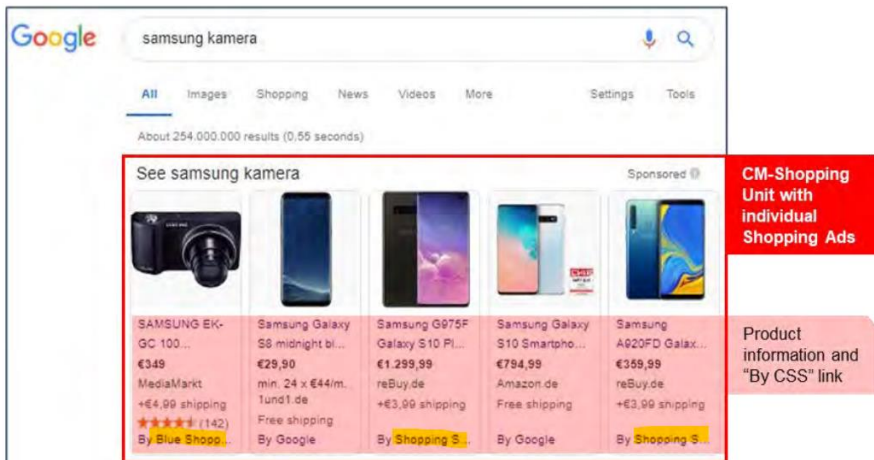
<sup>71</sup> “The EC Google Android case was ... one of the first cases where behavioural biases appeared to play an explicit role. ... Importantly the EC explicitly stated that a key driver of the abuse was the status quo bias ... In the EC Google Shopping case ... The EC found that ... framing bias – where the way that a product is framed (in this case appearing at the top of the screen) has a disproportionate effect on consumers”. OECD. *Integrating Consumer Behaviour Insights in Competition Enforcement: OECD Competition Policy Roundtable Background Note*, 2022, page 19. Available at: [www.oecd.org/daf/competition/integrating-consumer-behaviour-insights-in-competition-enforcement-2022.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/integrating-consumer-behaviour-insights-in-competition-enforcement-2022.pdf), p. 20. Access on 27 August 2023.

<sup>72</sup> FLETCHER, Amelia. *The EU Google Decisions: extreme enforcement or the tip of the behavioral iceberg?* *Competition Policy International*. January 2019. Available at: <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-eu-google-decisions-extreme-enforcement-or-the-tip-of-the-behavioral-iceberg/>. Access on 3 September 2023.

<sup>73</sup> HECKMAN, Oliver. *Changes to Google Shopping in Europe*. Google Ads & Commerce Blog, 27 September 2017. Available at: <https://blog.google/products/ads/changes-to-google-shopping-in-europe/>.

<sup>74</sup> Even though the Commission’s finding that Google’s organic search algorithms had demoted comparison shopping sites also in organic search results, with this finding composing part of the infringement.

**Figure 2. Google's Product Ads in Europe after the European Commission Decision<sup>75</sup>**



A study released in 2020 argued that the Shopping remedy failed to bring the infringement to an end, both from a legal and economic perspective. Most importantly, it found that the solution did not increase user traffic to competing comparison shopping services. It also raised rivals' costs due to the new auction prices, which were not offset by a comparable increase in profitability<sup>76</sup>. It therefore found that the remedy was not successful in promoting greater user traffic to rival services.

In the Android case, by its turn, Google changed its licensing agreements to remove provisions challenged by the Commission<sup>77</sup>, and designed a choice screen that would allow users to choose their search provider when setting up a new phone. Google announced the first version of the choice screen in August 2019, which was auction-based (providers had to bid for a position on the screen). After consultations with the European

<sup>75</sup> HÖPPNER, Thomas, *Google's (Non-) Compliance with the EU Shopping Decision* (September 28, 2020). Study, Available at: <https://ssrn.com/abstract=3700748>. Access on 3 September 2023.

<sup>76</sup> HÖPPNER, Thomas, *Google's (Non-) Compliance with the EU Shopping Decision* (September 28, 2020). Study, Available at: <https://ssrn.com/abstract=3700748>. Access on 3 September 2023.

<sup>77</sup> LOCKHEIMER, Hiroshi. *Complying with the EC's Android decision*. Google Keyword, 16 October 2018, available at: <https://blog.google/around-the-globe/google-europe/complying-ecs-android-decision/>. Access on 3 September 2023.

Commission, in September 2021 Google updated the choice screen to remove the auction mechanism, and instead started to display up to 12 options in a random order<sup>78</sup>:

The Android Choice Screen is very similar to a previous remedy also offered to the European Commission in a tying case: in the Internet Explorer case, the terms of Microsoft's settlement required it to provide consumers with a Browser Choice Screen that would prompt them to decide whether they wanted a browser in the first place, and, if yes, which one.

The Microsoft Choice Screen was the Commission's learning upon a failure in the Media Player case: it had first simply ordered Microsoft to offer two versions of Windows, one with Media Player and one without it, but the absolute majority of consumers ended up still opting for the bundled option (i.e., the remedy was unsuccessful to prevent Media Player from becoming the user default). The failure of the remedy in the Media Player case was because of how it was framed as a loss for users, to which users tend to be highly averse:

“The Commission's remedy was a perceived loss in two aspects: getting a “degraded” product (the Windows product without a media player) and effectively paying more for it. Under prospect theory, the perceived loss of one media player (in opting for the operating system without any media player) would hurt twice as much as the gain in adding a media player of one's choosing.”<sup>79</sup>

The Choice Screen, however, also has its shortcomings. First, offering users too many choices can end up overpowering them and preventing them from making a choice. Second, choice screens are not informed by feedback loops, “whereby consumers can test the products and compare their performance”<sup>80</sup>, because it does not offer metrics to allow users to objectively compare between options. Ultimately, users may end up choosing

---

<sup>78</sup> GOOGLE. About the choice screen. Android. 12 June 2023 (last update). <https://www.android.com/choicescreen/>. Access on 10 September 2023.

<sup>79</sup> STUCKE, Maurice. *Behavioral antitrust and monopolization*. UTK Law Faculty Publications, 749, 2012, p. 27.

<sup>80</sup> STUCKE, Maurice. *Behavioral antitrust and monopolization*. UTK Law Faculty Publications, 749, 2012, p. 31.

the service with which they are most familiar – which may in turn reinforce the dominance of the already dominating search provider, Google itself.

#### **4. Conclusion**

This paper provided an overview of the main behavioral findings on bounded rationality and the extent to which they challenge the Chicago School assumptions that have been the base of antitrust decision-making for many years. It particularly noted how bounded rationality can be explored to design an architecture that leads to a given choice, both in public interest ways such as promoting organ donation, and in self-centered ways such as increasing profit. It proceeded to show the darker side of the economic exploration of rationality limitations: the emergence of dark patterns, which condition user behavior online and may also limit competition - and could thus be relevant for antitrust decision-making.

It then analyzed the extent to which these insights have been actually incorporated into antitrust authorities' publications and decisions. It noted that, while several guidance publications acknowledge the importance of behavioral economics particularly to understand the challenges of an ever-increasingly digital world, its incorporation into Brazilian competition decisions has been limited. It then proceeded to review the two decisions globally recognized as the greatest examples of incorporating behavioral learnings: the European Commission's Google Shopping and Android decisions and corresponding remedies.

In the Google decisions, the European Commission made express references to behavioral findings to note that Google was steering user choices towards a given outcome, which it found had anticompetitive effects. It then ordered Google to cease the infringement and propose remedies, which came in the form of (a) allowing competitors to access shopping search results placed in the first position of its search results page; and (b) introducing a choice screen for users setting up a new Android phone to choose their preferred search engine.

Both solutions, however, have been the target of criticism. First, the Google Shopping remedy was shown to have limited effect in promoting user access to competing websites, and to arguably increase rivals' costs. Then, the Google Android remedies had to undergo consultation processes before the European Commission to remove a controversial auction process and can also result in information overload and users continuing to choose Google Search as the default, thereby having little competition-improving effects.

The shortcomings of the Google remedies (and of the prior Microsoft remedies, which bear many resemblances to the Google ones although without express behavioral acknowledgement) illustrate the conflict in assigning to the defendant the role to conceive a remedy: as private enterprises, defendants will continuously work to maximize their profits, which may include creating and maintaining behavioral biases. They cannot (and should not) be expected to work to maximize user choice and favor their rivals' entry into the market. Their incentives will always be to design a remedy that is barely compliant – to the detriment of more active pro-choice architectures that could arise out of more active authority intervention.

Behavioral antitrust is still a long way, particularly in Brazil. While the European Google prohibition decisions “may represent a high-water mark for the use of behavioral economics in EU competition policy to date”<sup>81</sup>, they also posed an opportunity for antitrust authorities to start exploring the possibilities to create architectures that preserve user choice and competition. By assigning this role to the profit-seeking defendant, a conflict of interest arose, and this opportunity was arguably lost – and the resulting shortcomings of these remedies may provide an argument for authorities to adopt a more active role in this process.

If behavioral antitrust is to move forward - and authorities' guidance publications appear to indicate it will - future decisions could explore

---

<sup>81</sup> FLETCHER, Amelia. *The EU Google Decisions: extreme enforcement or the tip of the behavioral iceberg?* *Competition Policy International*. January 2019. Available at: <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-eu-google-decisions-extreme-enforcement-or-the-tip-of-the-behavioral-iceberg/>. Access on 3 September 2023.



to a greater extent how authorities can design pro-choice solutions rather than hoping defendants will do so.

## References

ACM. *Protection of the online consumer: Boundaries of online persuasion*, 2020. Available at: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2020-02/acm-guidelines-on-the-protection-of-the-online-consumer.pdf>. Access on 3 September 2023.

AZEVEDO, Paulo F. *Economia comportamental e antitruste: deu match?* In: ZINGALES, Nicolo. FARANI, Paula A. (org.) *A aplicação do direito antitruste em ecossistemas digitais*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022, pp. 111-137.

BECKETT, Samantha. Why your local grocery store is designed like a casino. *The Oakland Press*: January 2018, available at: <https://www.theoaklandpress.com/2018/01/09/why-your-local-grocery-store-is-designed-like-a-casino/>. Access on 8 September 2023.

BRAIDO, Luis H. B. *Desafios à utilização da economia comportamental no antitruste*. In: ZINGALES, Nicolo. FARANI, Paula A. (org.) *A aplicação do direito antitruste em ecossistemas digitais*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022, pp. 111-137.

CADE. *Chairman Alexandre Barreto de Souza's vote in Administrative Procedure No. 08700.000066/2016-90* (Defendants: Araguaia Indústria Comércio e Serviços Ltda. – EPP; Corning Comunicações Ópticas S.A.; Corning Incorporated and others), 2021.

CADE. *Commissioner Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt in Administrative Procedure No. 08012.006667/2009-35* (Defendants: Cial Comércio e Indústria de Alimentos Ltda.; Comissária Aérea Rio de Janeiro Ltda. and others), 2018.

CADE. *Commissioner Eduardo Pontual Ribeiro's vote in Administrative Procedure No. 08012.010215/2007-96* (Defendants: Ademir Antônio Onzi,

Darci José ToniETTO, Deunir Luis Argenta, Evaristo Antônio Andrezza and others), 2012.

CADE. Commissioner Paula Farani Azevedo Silveira's vote in Administrative Procedure No. 08012.010483/2011-94 (Defendants: Google Inc. and Google Brasil Internet Ltda., 2019.

CADE. Commissioner Paulo Burnier da Silveira's vote in Administrative Procedure No. 08012.002673/2007-51 (Defendants: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda.; Fiat Automóveis S.A.; and Ford Motor Company Brasil Ltda), 2017.

CADE. *Papel da economia comportamental nas análises antitruste é tema de seminário do Cade*. 30 September 2020, available at: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/papel-da-economia-comportamental-nas-analises-antitruste-e-tema-de-seminario-do-cade>. Access on 3 September 2023.

CADE. *Termo de Referência*. Proceeding No. 08700.002020/2022-53, 2022.

CMA. *Online Choice Architecture: How digital design can harm competition and consumers*, 2022. Available at: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/1066524/Online\\_choice\\_architecture\\_discussion\\_paper.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1066524/Online_choice_architecture_discussion_paper.pdf). Access on 3 September 2023.

CMA; ICO. *Harmful design in digital markets: How Online Choice Architecture practices can undermine consumer choice and control over personal information*, 2023. Available at: [https://www.drcf.org.uk/data/assets/pdf\\_file/0024/266226/Harmful-Design-in-Digital-Markets-ICO-CMA-joint-position-paper.pdf](https://www.drcf.org.uk/data/assets/pdf_file/0024/266226/Harmful-Design-in-Digital-Markets-ICO-CMA-joint-position-paper.pdf). Access on 3 September 2023.

CNIL. *Shaping Choices in the Digital World - From dark patterns to data protection: the influence of UX/UI design on user empowerment*, 2019, p. 14. Available at: [https://www.cnil.fr/sites/cnil/files/2023-06/cnil\\_ip\\_report\\_06\\_shaping\\_choices\\_in\\_the\\_digital\\_world.pdf](https://www.cnil.fr/sites/cnil/files/2023-06/cnil_ip_report_06_shaping_choices_in_the_digital_world.pdf). Access on 3 September 2023.

COOPER, James C.. KOVACIC, William E. Behavioral Economics and Its Meaning for Antitrust Agency Decision Making, 8 J.L. Econ. & Pol'y 779, 2012.

DEFRA. *Behavioural Economics in Defra: Applying Theory to Policy*, 2013. Available at: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/223835/pb13986-behavioural-economics-defra.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/223835/pb13986-behavioural-economics-defra.pdf). Access on September 03, 2023.

EUROPEAN COMMISSION. *Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment Dark patterns and manipulative personalisation*, 2022. Available at: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/606365bc-d58b-11ec-a95f-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-257599418>. Access on 3 September 2023.

EUROPEAN COMMISSION. *Commission Decision* (Case COMP/C-3/37.792 - Microsoft), May 2004.

EUROPEAN COMMISSION. *Commission Decision* (Case COMP/C-3/39.530 - Microsoft (Tying)), December 2009.

EUROPEAN COMMISSION. *Commission Decision* (Case AT.39740 - Google Search (Shopping)), June 2017.

EUROPEAN COMMISSION. *Commission Decision* (Case AT.40099 - Google Android), July 2018.

FCA. *Applying behavioural economics at the Financial Conduct Authority*, 2013. Available at: <https://www.fca.org.uk/publication/occasional-papers/occasional-paper-1.pdf>. Access on 3 September 2023.

FLETCHER, Amelia. *The EU Google Decisions: extreme enforcement or the tip of the behavioral iceberg? Competition Policy International*. January 2019. Available at: <https://www.competitionpolicyinternational.com/the-eu-google-decisions-extreme-enforcement-or-the-tip-of-the-behavioral-iceberg/>. Access on 3 September 2023.

FORBRUKERRÅDET. *Deceived by Design: How Tech Companies Use Dark Patterns to Discourage Us from Exercising Our Rights to Privacy*,

2018. Available at: <https://www.forbrukerradet.no/undersokelse/no-undersokelsekategori/deceived-by-design>. Access on September 3, 2023.

GOOGLE. About the choice screen. Android. 12 June 2023 (last update). <https://www.android.com/choicescreen/>. Access on 10 September 2023.

HECKMAN, Oliver. *Changes to Google Shopping in Europe*. Google Ads & Commerce Blog, 27 September 2017. Available at: <https://blog.google/products/ads/changes-to-google-shopping-in-europe/>.

HÖPPNER, Thomas, *Google's (Non-) Compliance with the EU Shopping Decision* (September 28, 2020). Study, Available at: <https://ssrn.com/abstract=3700748>. Access on 3 September 2023.

HUMMEL, Dennis; MAEDCHE, Alexander. *How effective is nudging? A quantitative review on the effect sizes and limits of empirical nudging studies*. Journal of Behavioral and Experimental Economics Volume 80, June 2019, Pages 47-58.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. Science, New Series, Vol. 185, No. 4157. (Sep. 27, 1974), pp. 1124-1131.

KAHNEMAN, Daniel. KNETSCH, Jack L. THALER, Richard H. *Anomalies: the endowment effect, loss aversion and status quo bias*. The Journal of Economic Perspectives, Vol. 5, No. 1., 1991, pp. 193-206.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. *Advances in Prospect Theory: Cumulative Representation of Uncertainty*. Journal of Risk and Uncertainty, 1992, Vol. 5, No. 4 (1992), pp. 297-323.

KAHNEMAN, Daniel. *Thinking: fast and slow*. Farrar, Straus and Giroux: 2013.

KHAN, Lina M. Amazon's Antitrust Paradox. The Yale Law Journal, Vol. 126, no. 3, 2017, pp. 564-907. Available at: <http://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>. Accessed on 8 September 2023.

KLAES, Matthias; SENT, Esther-Mirjam. A conceptual history of the emergence of bounded rationality. History of Political Economy (2005) 37 (1): 27-59.

KONSUMENTVERKET. *Barriers to a well-functioning digital market: effects of visual design and information disclosures on consumer detriment*, 2021. Available at: <https://www.medvetenkonsumtion.se/wp-content/uploads/2021/05/Konsumentverket-underlagsrapport-barriers-digital-market.pdf>. Access on 3 September 2023.

KUYER, Paul. GORDIJN, Bert. *Nudge in perspective: A systematic literature review on the ethical issues with nudging*. *Rationality and Society*, 35(2), 2023, 191-230. Available at: <https://doi.org/10.1177/10434631231155005>.

LANCIERI, Filippo. SAKOWSKI, Patricia A. M. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*. CADE, Documento de Trabalho nº 005/2020. Brasília: 2020. Available at: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrencia-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>. Access on 3 September 2023.

LI, Jessica. NIKOLKA, Till. *The Effect of Presumed Consent Defaults on Organ Donation*. CESifo DICE Report 4/2016. December, 2016, 90-94. Available at: <https://www.ifo.de/DocDL/dice-report-2016-4-li-nikolka-december.pdf>. Access on 10 September 2023.

LOCKHEIMER, Hiroshi. *Complying with the EC's Android decision*. Google Keyword, 16 October 2018, available at: <https://blog.google/around-the-globe/google-europe/complying-ecs-android-decision/>. Access on 3 September 2023.

OECD. *Dark Commercial Patterns: OECD Digital Economy Papers No. 336*, 2022. Available at: [https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/44f5e846-en.pdf?expires=1694340686&id=id&ac\\_name=guest&checksum=56968832CC0618F5B7135E2CB1357104](https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/44f5e846-en.pdf?expires=1694340686&id=id&ac_name=guest&checksum=56968832CC0618F5B7135E2CB1357104). Access on September 3, 2023.

OECD. *Integrating Consumer Behaviour Insights in Competition Enforcement: OECD Competition Policy Roundtable Background Note*, 2022, p. 8.

Available at: [www.oecd.org/daf/competition/integrating-consumer-behaviour-insights-in-competition-enforcement-2022.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/integrating-consumer-behaviour-insights-in-competition-enforcement-2022.pdf). Access on August 27, 2023.

PYNDYCK, Robert S. RUBINFELD, Daniel S. Microeconomics. 8th edition. Pearson: 2013, chapter 5.6.

REEVES, Amanda P. STUCKE, Maurice E. Behavioral antitrust. Indiana Law Journal: Vol. 86: Iss. 4, Article 7, p. 1532.

RESENDE, Guilherme M. *Antitruste comportamental: pronto para o palco principal?* Consultor Jurídico, 6 September 2021, available at: <https://www.conjur.com.br/2021-set-06/defesa-concorrencia-antritruste-comportamental-pronto-palco-principa>. Access on 27 August 2023.

STUCKE, Maurice. *Behavioral antitrust and monopolization*. UTK Law Faculty Publications, 749, 2012.

THALER, Richard H. Nudge, not sludge. *Science*, 361(6401), 431-431.

THALER, Richard H. SUNSTEIN, Cass. *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. Penguin Books, 2008

THALER, Richard H. *Toward a Positive Theory of Consumer Choice*. Journal of Economic Behavior & Organization, Volume 1, Issue 1, March 1980, Pages 39-60.

ZINGALES, Luigi; ROLNIK, Guy; LANCIERI, Filippo Maria. Final Report, Stigler Committee on Digital Platforms, *Stigler Center for the Study of the Economy and the State*, 2019, p. 58. Available at: <https://www.chicago-booth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>. Access on 10 September 2023.

## SILENCE IS NOT GREEN: WHY GUIDANCE REGARDING SUSTAINABILITY AGREEMENTS IS CRUCIAL

*O silêncio não é sustentável: por que diretrizes sobre acordos de sustentabilidade são essenciais*

Ana Carolina Folgosi Bittar,<sup>1</sup>

Fernanda Hormung Victor,<sup>2</sup>

Mariana Llamazalez Ou<sup>3</sup>

**Resumo.** O objetivo principal desse artigo é explorar a relevância do direito concorrencial no contexto da análise de acordos de sustentabilidade celebrados entre concorrentes. O artigo aborda como as diretrizes relacionadas a tais acordos não implicam uma ampliação dos objetivos do direito concorrencial nem representam uma completa divergência da abordagem tradicional em matéria antitruste. Além disso, o artigo examina como outras autoridades e instituições estão tratando esse assunto. O artigo também busca enfatizar a necessidade de a autoridade concorrencial brasileira abordar essa questão e estabelecer suas próprias diretrizes para garantir que a busca por maior sustentabilidade não viole a concorrência. Assim, esse artigo busca promover um diálogo sobre como o direito concorrencial pode contribuir com os esforços em prol da sustentabilidade, destacando a importância de uma abordagem equilibrada e responsável para o desenvolvimento de acordos entre empresas concorrentes que visam um impacto positivo no meio ambiente e, indiretamente, na sociedade como um todo.

**Palavras-chave.** Sustentabilidade; Concorrencial; Acordos entre Concorrentes; Brasil; Autoridades Estrangeiras.

**Abstract.** This article aims at exploring the relevance of competition law in the context of analyzing sustainability agreements between competitors.

---

<sup>1</sup> Ana Carolina Folgosi Bittar é advogada sênior da área de Direito Concorrencial do Mattos Filho. Master of Laws (LL.M) em Law, Science & Technology pela Stanford Law School (2019). Mestre em Direito pela Fundação Getúlio Vargas (2015). Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (2011).

<sup>2</sup> Fernanda Hormung Victor é advogada da área de Direito Concorrencial do Mattos Filho. Graduação em Direito pela Universidade de Brasília – UnB (2020).

<sup>3</sup> Mariana Llamazalez Ou é advogada da área de Direito Concorrencial do escritório Demarest. Pós-graduação em Finanças e Economia da Escola de Economia de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas – FGV EESP (2021). Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (2018) e bacharel em Ciências Contábeis pelo Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – SENAC (2020).

The article discusses how guidelines related to such agreements do not imply an expansion of the goals of competition law nor a total deviation from traditional antitrust analysis. Furthermore, the article examines how other authorities and institutions are addressing this issue. The article also seeks to underscore the need for Brazil's competition authority to address this issue and establish its own guidelines to guarantee that the pursuit of a more sustainable society will not harm competition. Thus, this article aims to promote a dialogue on how competition law can foster efforts for sustainability, highlighting the importance of a balanced and responsible approach to the development of agreements between competitors that aim for a positive impact on the environment and indirectly on society.

**Keywords.** Sustainability; Competition; Agreements Between Competitors; Brazil; Foreign authorities.

**Summary:** 1. Introduction. 2. Providing guidance on sustainability agreements does not mean an expansion of the goals of antitrust nor a total deviation from traditional antitrust analysis. 3. It is crucial for Brazil to be engaged in this discussion. 4. Insights of foreign antitrust authorities can inform CADE's actions. 5. The need for CADE to take a stance. 6. Conclusion.

## 1. Introduction

In an era where global challenges related to climate change, resource scarcity, biodiversity loss, and environmental degradation are looming over society, the need for sustainable practices has become a pressing concern. As these challenges transcend borders and impact communities worldwide, businesses are increasingly pressured to make economic activity more sustainable by governments, shareholders, consumers, or the public as a whole.

In this context, collaborations among competitors to achieve sustainability goals<sup>4</sup> have emerged as necessary and compelling. This paradigm shift is driven by the recognition that the climate change emergency cannot be adequately addressed solely by isolated efforts of individual

---

<sup>4</sup> In 1987, the United Nations Brundtland Commission defined sustainability as “meeting the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs.” Although the term sustainability has been linked to broader societal objectives (for example, improving working conditions), in this article the term sustainability will be intentionally narrowed to refer solely to environmental sustainability.



companies. Instead, collective action has become imperative to create fast, meaningful, and lasting impact.

Sustainability challenges are multifaceted, interconnected, and often extend beyond the purview of any single organization, necessitating a collaborative approach that can pool resources, expertise, and innovative solutions from various stakeholders. In addition, in the pursuit of sustainability, companies might face what is known as "first mover disadvantages." Being the initial organization to adopt sustainable practices can entail high costs, uncertainties about consumer response, and potential operational disruptions. Collaborative initiatives can mitigate these disadvantages by distributing costs and risks among multiple parties. This risk-sharing approach encourages more companies to embrace sustainable practices, as the collective effort reduces the burden on individual participants. Collaborative initiatives can also create a snowball effect, propelling the adoption of sustainability practices across an entire industry and even across sectors. As more companies join forces, the momentum grows, creating a domino effect that encourages even more organizations to participate. Sustainability agreements<sup>5</sup> can also help to achieve desired goals faster and more efficiently than individual actions, which is itself a meaningful advantage given the urgency of the matter.

In other words, collaborations among competitors for achieving sustainability goals are a compelling response to the climate change challenges facing today's world. However, companies seeking to enter sustainability agreements can sometimes encounter a hurdle in the form of anti-trust rules aimed at preventing collusion. While competition rules play a critical role in preserving competitive markets, they can inadvertently create concerns for collaborative sustainability efforts and thus suppress initiatives that would benefit the economy and society as a whole.

In this context, competition authorities worldwide are being asked to clarify their stance on sustainability initiatives, while also ensuring

---

<sup>5</sup> This article uses the term "sustainability agreements" to refer to cooperation between businesses in the fight against climate change and the promotion of other environmental goals.

fair competition and preventing anticompetitive behavior. However, authorities also have limited visibility on how current policies unintentionally discourage businesses from collaborating to combat climate change. Specialists have also expressed concerns with greenwashing<sup>6</sup> and their perceived lack of expertise and jurisdiction of antitrust authorities to take environmental interests in consideration.<sup>7</sup>

Against this backdrop, this article explores why providing antitrust guidance to sustainability agreements is of utmost importance, why sustainability sets itself apart from other subjects that could potentially be considered by antitrust authorities, and why providing such guidance does not result in a complete deviation from the traditional antitrust analysis

---

<sup>6</sup> “Greenwashing involves companies that mislead consumers by claiming that products are more sustainable than they actually are. For example, companies may exaggerate or misrepresent the sustainable qualities of a product, or they may use claims that cannot be verified, that are not relevant or that are not true. Greenwashing undermines the confidence in sustainability claims among consumers. As a result, consumers become less motivated to buy and use sustainable goods. In addition, greenwashing leads to distortion of competition. After all, companies that invest in the sustainability benefits of their products or services, and that inform consumers properly about those benefits will thus be put at a disadvantage. In the eyes of consumers, they are not able to distinguish themselves from companies that mislead consumers about the sustainability aspects of their products.” AUTHORITY FOR CONSUMERS & MARKETS (ACM). Guidelines Sustainability claims, p. 6, 2021. Available at: <https://www.acm.nl/system/files/documents/guidelines-sustainability-claims.pdf>).

See also “Green Antitrust: Why Would Restricting Competition Induce Sustainability Efforts?,” by Maarten Pieter Schinkel and Leonard Treuren, available at: <https://www.promarket.org/2021/03/26/green-antitrust-why-would-restricting-competition-induce-sustainability-efforts/>.

<sup>7</sup> See, for instance, the opinion of CADE’s President, Alexandre Cordeiro, on Merger Case No. 08700.009905/2022-83: “CADE has a specific mandate, which is based on the interpretation of the current law. Over the years, the members of this authority have been interpreting both Law No. 8,884/1994 and Law No. 12,529/2011 to extract the meaning of the institutional mission of the antitrust authority. [...] Although I agree that issues such as climate change, sovereignty, consumer rights, gender equality, and labor rights are important topics in our society and that certain protective measures for these interests are necessary, I am concerned that cases like this could be used to expand the jurisdiction of the competition authority beyond that provided for in the legislation and for which it possesses the technical capacity.”

authorities are used to. We will also demonstrate that Brazil's active participation in sustainability discussions is crucial, how other international jurisdictions have navigated this topic and how their insights could lend support and encouragement to the Brazilian antitrust authority (*Conselho Administrativo de Defesa Econômica* or “CADE”) so it can take action. Finally, we will underscore the essential nature of regulatory guidance in this arena and how it can provide clarity and stimulate sustainable collaboration while preventing anticompetitive practices.

## **2. Providing guidance on sustainability agreements does not mean an expansion of the goals of antitrust nor a total deviation from traditional antitrust analysis**

As mentioned earlier, collaborations among competitors aimed at achieving sustainability goals are gaining increasing prominence in the battle against climate change. However, some antitrust authorities are exercising caution in offering explicit guidance on these agreements, mainly due to a perceived lack of authority and expertise to consider the environmental aspects of such collaborations.

First and foremost, it is important to note that the analysis of sustainability agreements between competitors does not imply a significant deviation from the conventional antitrust assessment. Collaboration among competitors, irrespective of its objectives, squarely falls within the jurisdiction of competition authorities. The core role of antitrust authorities has historically encompassed the analysis of arrangements between competitors to prevent anticompetitive behavior, a principle deeply embedded in the foundation of antitrust policy.

This is the primary difference between sustainability and other broader concerns that antitrust authorities have been called to consider, such as poverty, labor, or gender equality. While integrating other social concerns might entail analyses not typically under the purview of antitrust authorities, evaluating a sustainability agreement involves assessing whether it restricts competition in any way and, if so, whether the compe-

titive restriction is counterbalanced by efficiencies (in this case, environmental gains) generated by the agrément – an assessment conducted routinely under the rule of reason framework.

This analysis is feasible due to the evolving environmental awareness, which has led to efforts to measure environmental interests using economic tools, which allows for an economic assessment that incorporates such interests. Environmental considerations are not only being integrated into pricing and product differentiation strategies by businesses, but financial markets are also attempting to integrate sustainability as a valuation factor and include environmental aspects into economic analysis, facilitating its inclusion in traditional efficiency assessments.

In addition, dispelling a prevailing misconception, collaborations among competitors geared towards sustainability objectives do not inevitably lead to anticompetitive outcomes such as price increases that could ostensibly conflict with the traditional consumer welfare standard. The reality is that collaboration might not exert any influence on competitive variables at all. An illustrative example is the plastic handle initiative in the Netherlands, wherein supermarket chains and soft drink suppliers, such as Coca-Cola, agreed to eliminate plastic handles on soft drink and water multipacks. The goal of the agreement was to facilitate recycling and contribute to reduced plastic usage in packaging. In evaluating this case, the Dutch antitrust authority (the Netherlands Authority for Consumers & Markets – “ACM”) endorsed the agreement, as it assisted in attaining a sustainability goal without adversely affecting consumers (e.g., no impact on product prices or variety).<sup>8</sup>

Similarly, mechanisms like agreements among competitors to phase out ecologically harmful products, voluntary sustainability standards, and best practices related to internal conduct (e.g., reducing plastic use in business premises) can support sustainability without necessarily

---

<sup>8</sup> AUTHORITY FOR CONSUMERS & MARKETS (ACM). ACM is favorable to joint agreement between soft- drink suppliers about discontinuation of plastic handles, July 26, 2022. Available at: <https://www.acm.nl/en/publications/acm-favorable-joint-agreement-between-soft-drink-suppliers-about-discontinuation-plastic-handles>.

undermining competition. This reinforces that the collaborative pursuit of sustainability can coexist with principles of healthy competition, rather than inherently conflicting with them, reason why the competition and sustainability debate does not always result in a trade-off. This being said, even in the case of sustainability agreements that pose no conflict with competition law, many companies may still prefer to avoid any risks and refrain from entering such collaborations out of fear of competition law enforcement in the absence of clear guidelines on what is permissible.<sup>9</sup>

Lastly, but far from insignificant, lies the pragmatic dimension of this discussion. Unlike many broader social interests, sustainability stands out due to its inherent urgency in the current context where every contribution matters. The private sector is increasingly urging antitrust authorities to establish clear guidelines for such collaborations, providing stakeholders with direction on antitrust compliant sustainability initiatives between competitors. This approach not only assures legal certainty for businesses and diminishes the risk of potential sanctions but also curbs the possibility of sustainability initiatives inadvertently yielding anticompetitive effects – a perspective squarely in line with the objectives of any antitrust authority.

Furthermore, the feasibility of providing guidance on sustainability agreements by CADE extends beyond philosophical considerations, encompassing a robust legal foundation. According to Article 88, §6º of the Brazilian competition law (Law No. 12,529/2011), transactions that could eliminate competition in a substantial part of a relevant market, potentially establish or strengthen a dominant position, or result in the control of a relevant market for goods or services can be authorized, provided that

---

<sup>9</sup> In this respect, see the white paper prepared by the global Task Force on Competition and Sustainability of the International Chamber of Commerce, which brings real-life examples of sustainability agreements “where businesses are looking to cooperate to make a significant contribution to the fight against climate change, but where fear of competition law (whether well founded or not) is inhibiting progress.” INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). When chilling contributes to warming how competition policy acts as a barrier to climate action, November 2022. Available at: <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2022/11/when-chilling-contributes-to-warming-2.pdf>.

they (i) cumulatively or alternatively: increase productivity or competitiveness; enhance the quality of goods or services; or promote efficiency and technological or economic development; and (ii) a significant portion of the benefits derived from these acts is passed on to consumers.

This provision closely resembles Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union.<sup>10</sup> The European rule allows agreements between competitors that restrict competition provided that certain benefits are achieved and shared with consumers. Notably, Article 101(3) has been employed as the legal foundation for sustainability agreement guidelines issued by Austria, Greece, the Netherlands, and the European Union itself.<sup>11</sup> The same reasoning applies to Article 88, §6 of the Brazilian competition law.

---

<sup>10</sup> Article 101. 1. The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which: (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions; (b) limit or control production, markets, technical development, or investment; (c) share markets or sources of supply; (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts. [...]

3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of: any agreement or category of agreements between undertakings, any decision or category of decisions by associations of undertakings, any concerted practice or category of concerted practices, which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not: (a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives; (b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.

<sup>11</sup> See, for example, paragraph 4 of the Austrian sustainability guidelines (Available at: [https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user\\_upload/AFCA\\_Sustainability\\_Guidelines\\_English\\_final.pdf](https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/AFCA_Sustainability_Guidelines_English_final.pdf)), paragraph 10 and followings of the Dutch guidelines (Available at: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/second-draft-version-guidelines-on-sustainability-agreements-opportunities-within-competition-law.pdf>), and paragraph 13 of the Greek guidelines (Available at: <https://www.epant.gr/en/enimerosi/competition-law-sustainability.html>).

Hence, CADE not only possesses the legal mandate to furnish guidance regarding sustainability agreements, but this also harmonizes seamlessly with CADE's institutional role and its extensive expertise. Such alignment signifies that offering guidance on sustainable collaborations would not imply a departure from CADE's customary analysis but rather, represents an organic update of its roles in upholding fair competition and safeguarding consumer interests.

### **3. It is crucial for Brazil to be engaged in this discussion**

Brazil has much to gain by taking a leading role in sustainability discussions and contributing to global efforts to environmental protection and combat climate change. Due to its tropical climate, socio-economic disparities, and developing status, Brazil faces particularly significant risks from global warming, including not only extreme weather events, but also significant economic burdens.

The agriculture industry plays a central role in the country's economy and Brazil is responsible for a significant portion of the world's supply of sugar, coffee, meat, corn, soybeans, and other commodities.<sup>12</sup> Although Brazil's agribusiness is equipped with cutting-edge technology, the sector is heavily reliant on natural resources, particularly water and soil fertility. This dependence renders Brazil especially susceptible to potential climate change impacts, such as reduced water availability.

In addition, the effects of climate change and environmental degradation are not uniformly distributed across nations. Regrettably, the most vulnerable countries and populations tend to bear a disproportionate burden. Poverty and social vulnerability serve as compounding risk factors, as limited access to resources and technology heightens vulnerabili-

---

<sup>12</sup> EMBRAPA. Ciência e tecnologia tornaram o Brasil um dos maiores produtores mundiais de alimentos. Available at <https://www.embrapa.br/busca-de-noticias/-/noticia/75085849/ciencia-e-tecnologia-tornaram-o-brasil-um-dos-maiores-produtores-mundiais-de-alimentos>. Access on September 8, 2023.

ties while diminishing capacity to adapt to climate change impacts. Consequently, as a developing nation that heavily relies on its natural resources, Brazil may face more severe consequences from extreme climate events.<sup>13</sup>

Furthermore, Brazil is endowed abundant reserves of petroleum, substantial hydropower capacity, valuable timber resources, and extensive mineral deposits. According to Brazil's Green Monitor,<sup>14</sup> the nation ranks as the second-largest repository of forests on the planet. Notably, Brazil's per capita electrical supply sourced from renewable resources is an impressive threefold higher than that observed in many other nations. Given this context, a passive stance towards sustainability endeavors could potentially endanger Brazil's distinctive advantages and wealth to a greater extent than many other nations.

Adding to these material conditions, the Brazilian legal framework already places significant emphasis on environmental protection in numerous legislations. This commitment starts with the Federal Constitution itself, which dedicates a chapter to environmental conservation. This legislative landscape goes beyond general protection and includes specific regulations, such as the National Environmental Policy, the Law of Environmental Crimes, the National Solid Waste Policy, the Law of Water Resources, and others.

Brazil's commitment to the environmental agenda has been reinforced by the Brazilian Federal Government, which has emphasized the

---

<sup>13</sup> IPCC, 2022: Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability. Available at: [https://report.ipcc.ch/ar6/wg2/IPCC\\_AR6\\_WGII\\_FullReport.pdf](https://report.ipcc.ch/ar6/wg2/IPCC_AR6_WGII_FullReport.pdf). Access on September 8, 2023.

<sup>14</sup> BRAZIL'S GREEN MONITOR. Foreign Trade and International Affairs Secretariat for International Economic Affairs International Financial Markets Unit. Available at: [https://www.gov.br/mdic/pt-br/assuntos/assuntos-economicos-internacionais/acompanhamento-economico/brazil-green-monitor/brazil\\_green\\_monitor-2022-04.pdf](https://www.gov.br/mdic/pt-br/assuntos/assuntos-economicos-internacionais/acompanhamento-economico/brazil-green-monitor/brazil_green_monitor-2022-04.pdf). Access on August 21, 2023.



importance of energy transition.<sup>15</sup> Indeed, as signatory of the Paris Agreement, Brazil has pledged to (i) reduce greenhouse gas emissions in 2025 by 37%, compared with 2005; (ii) reduce emissions in 2030 by 50%, compared with 2005; and (iii) achieve climate neutrality by 2050.<sup>16</sup>

In the midst of an evolving global economic landscape, Brazil holds not only abundant natural resources but also a robust legal framework and technical expertise to protect and capitalize on them. However, the country's ability to leverage these resources and thrive in the face of climate change impacts hinges critically on the political priorities and sense of urgency embraced by future governments. In this context, CADE has a pivotal role in analyzing collaborations among competitors that further sustainability goals and in issuing guidelines that provide assurance for companies to pursue such goals while remaining in compliance with competition law.

#### **4. Insights of foreign antitrust authorities can inform CADE's actions**

A number of antitrust authorities worldwide have taken a stance on the debate around antitrust and sustainability, either by issuing guidelines or reviewing cases,<sup>17</sup> setting an example for other enforcers globally.

---

<sup>15</sup> BRAZIL. Ministry of the Environment and Climate Change. 'Queremos 100% de energia limpa', afirma Lula. Available at <https://www.gov.br/mma/pt-br/noticias/queremos-100-de-energia-limpa-afirma-lula>. Access on September 8, 2023.

<sup>16</sup> BRAZIL. Nationally Determined Contribution to the Paris Agreement. Available <https://unfccc.int/sites/default/files/NDC/2022-06/Updated%20-%20First%20NDC%20-%20-%20-%20FINAL%20-%20PDF.pdf>. Access on September 8, 2023.

<sup>17</sup> The ACM, for example, reviewed an agreement among competitors, including Shell and TotalEnergies, to create a high-capacity trunkline for storing CO<sub>2</sub> in empty gas fields. They sought ACM's informal guidance due to potential competition concerns. Shell and TotalEnergies planned to jointly provide CO<sub>2</sub> storage and pricing strategy for the initial 20% capacity, with no collective agreements for the remaining 80%. ACM assessed if the collaboration fell within competition rules, considering benefits for customers, society, and CO<sub>2</sub> reduction goals. ACM concluded that the collabora-

In this sense, authorities in the Netherlands,<sup>18</sup> Austria,<sup>19</sup> United Kingdom,<sup>20</sup> Greece,<sup>21</sup> Singapore,<sup>22</sup> and Japan<sup>23</sup> have issued their own guidelines or draft guidelines for public consultation. Other authorities, such as the Bundeskartellamt in Germany, are continuously studying and debating this matter.

Besides these enforcers, global organizations like the International Chamber of Commerce (“ICC”) and the Organization for Economic

---

tion was necessary for project success, outweighing competition concerns, particularly noting that competition restrictions would not apply to the remaining 80% capacity. ACM’s press release is available at: <https://www.acm.nl/en/publications/acm-shell-and-totalenergies-can-collaborate-storage-co2-empty-north-sea-gas-fields>. Access on August 24, 2023.

<sup>18</sup> AUTHORITY FOR CONSUMERS & MARKETS (ACM). Second draft version: Guidelines on Sustainability Agreements – Opportunities within competition law. Available at: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/second-draft-version-guidelines-on-sustainability-agreements-opportunities-within-competition-law.pdf>. Access on August 24, 2023.

<sup>19</sup> AUSTRIAN FEDERAL COMPETITION AUTHORITY (AFCA). Guidelines on the Application of Sec. 2 para.

1 Cartel Act to Sustainability Cooperations. Available at: [https://www.bwb.gv.at/file-admin/user\\_upload/AFCA\\_Sustainability\\_Guidelines\\_English\\_final.pdf](https://www.bwb.gv.at/file-admin/user_upload/AFCA_Sustainability_Guidelines_English_final.pdf). Access on August 24, 2023.

<sup>20</sup> COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (CMA). Draft guidance on the application of the Chapter I prohibition in the Competition Act 1998 to environmental sustainability agreement. Available at: [https://assets.publishing.service.gov.uk/media/63fde435e90e0740de2669e7/Draft\\_Sustainability\\_Guidance\\_document\\_.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/63fde435e90e0740de2669e7/Draft_Sustainability_Guidance_document_.pdf). Access on August 24, 2023.

<sup>21</sup> HELLENIC COMPETITION COMMISSION. Technical Report on Sustainability and Competition. Available at: [https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/technical-report-sustainability-and-competition\\_0.pdf](https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/technical-report-sustainability-and-competition_0.pdf). Access on August 24, 2023.

<sup>22</sup> COMPETITION & CONSUMER COMMISSION OF SINGAPORE. Draft Guidance Note on Business Collaborations pursuing Environmental Sustainability Objectives. Available at: <https://www.cccs.gov.sg/media-and-consultation/newsroom/media-releases/sustainability-guidance-note-for-business-collaboration-public-consult-20-july-23>. Access on August 24, 2023.

<sup>23</sup> JAPAN FAIR TRADE COMMISSION. Draft Guidelines Concerning the Activities of Enterprises Toward the Realization of a Green Society under the Antimonopoly Act. Available at: <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2023/January/230118EN3.pdf>. Access on August 24, 2023.

Co-operation and Development (“OECD”) are actively engaged in discussions on this topic and are working on developing guidelines to support both businesses and regulatory bodies in navigating this debate.

Guidelines prepared by enforcers and global organizations regarding competition and sustainability indicate a consensus that collaborations between competitors aiming to combat climate change can be lawful and yield procompetitive results. These documents also reach similar conclusions on how to navigate the debate, which allow us to draw several takeaways.

Firstly, agreements between companies that are not direct competitors, such as with suppliers, customers, or providers of complementary products aimed at reducing environmental impact, are generally unlikely to raise competition concerns. Additionally, agreements among competitors that do not relate to competition parameters, like costs or prices, or have an insignificant impact on these factors, are also less likely to raise competition concerns.

The second conclusion to be drawn from documents produced by other authorities or international organizations is that competitors seeking to enter into sustainability agreements should be able to demonstrate that the collaboration is necessary to achieve sustainability benefits that would not be attainable individually or within a reasonable timeframe. This necessity can be confirmed by providing evidence of past failures, stagnant sales of sustainable products, or reluctance by customers to pay higher prices. In addition, parties should be able to demonstrate that the benefits of the cooperation agreement will be passed on to consumers, which decreases the likelihood of the agreement resulting in competition concerns.

The third key finding is that information exchange should be limited to what is essential to achieve sustainability goals, and cooperation should focus only on the specific products or processes relevant to sustainability gains. Additionally, the cooperation must be limited to what is necessary to achieve sustainability benefits, avoiding agreements on, for instance, how increased costs are passed on to customers.

The fourth conclusion is that maintaining competition in the market affected by the collaboration is crucial to reducing the likelihood of challenges from antitrust authorities.

The fifth key takeaway is that agreements among competitors to adhere to specific minimum sustainability standards can be structured to avoid concerns. This can be achieved by ensuring that the criteria are objective, transparent, and that all relevant parties have the opportunity to participate in the standard development process. Furthermore, competitors should have the flexibility to surpass these minimum standards if they choose to do so.

Finally, certain factors are commonly found to raise heightened concerns when it comes to sustainability agreements. These factors include: (i) the involvement of parties with a substantial market share, (ii) the feasibility of achieving the benefits individually, (iii) the potential for the agreement to significantly impact crucial competition parameters (e.g., costs, prices), (iv) the agreement's connection or interference with other competitive domains, and (v) a lack of compelling evidence demonstrating that consumers will derive benefits from the agreement. These findings are relevant to assist companies in designing agreements with competitors with sustainable objectives in mind. The more discussions and cases are analyzed by the authorities, the greater the reference to what may or may not raise concerns.

Guidelines and drafts prepared by other antitrust authorities and organizations that are genuinely studying and debating the issue are a fundamental tool to help CADE prepare its own guideline and set its own standards. Addressing climate change demands efforts from various angles, and both businesses and competition authorities have pivotal roles to play in this endeavor.

## **5, The need for CADE to take a stance**

As it is evident from the aforementioned, in the current climate crisis, the importance of proactive guidance from antitrust authorities for

businesses seeking to enter into sustainability agreements cannot be overstated, given the significant risk that collaborations potentially beneficial for the environment may be discarded prematurely due to a fear, whether well-founded or not, of infringing competition law. At the same time, as companies face mounting demands to address environmental challenges, collaborations for sustainable initiatives have gained momentum. Within the Brazilian context, the issuance of clear guidelines on sustainability agreements by CADE could serve multiple purposes, including (i) mitigating legal uncertainty; (ii) preventing anticompetitive practices; (iii) fostering sustainable innovation; and (iv) aligning with initiatives of other global antitrust authorities.

By issuing clear guidelines, CADE would provide market participants with essential guidance on how common sustainability agreements can operate within the framework of the Brazilian competition law. These antitrust guidelines would offer much-needed legal certainty, enabling companies to make well-informed decisions before engaging in agreements related to environmental objectives. Given that many of the sustainability agreements that businesses seek to enter are well-known types of collaborations, and these collaborations share similar characteristics across different industries, it is feasible for CADE to provide guidance on which characteristics might infringe Brazilian competition law or not.

Common types of sustainability agreements include voluntary commitments to achieve sustainability targets, joint initiatives to establish eco-friendly logistics infrastructure, collaborative research and development efforts for greener products, collective monitoring of suppliers' compliance with environmental regulations, and cooperative endeavors to phase out non-sustainable products, among others.

In doing so, CADE would not only reduce legal uncertainty but also facilitate compliance, shedding light on business practices compatible with competition standards and averting anticompetitive behavior. Implementing measures to ensure these agreements do not harm fair competition can deter collusion while fostering transparency and accountability. For example, guidelines can provide insights into safeguards businesses can

adopt to ensure that potential information exchange does not lead to a violation of competition laws, or conditions that would render an industry standard compatible with competition law (e.g., only voluntary standards, or mandatory standards that meet certain thresholds, etc.).

Furthermore, the global concern for sustainability transcends borders, placing increasing pressure on multinational companies, which have a significant environmental footprint, to adopt sustainable practices. As mentioned above, some competition authorities around the world have already recognized this concern and issued guidelines for the development of a common framework to be considered by undertakings when entering into sustainability agreements with competitors. Indeed, it is of utmost importance to achieve a basic alignment between competition enforcers, ensuring that businesses operating in multiple jurisdictions can navigate and comply with antitrust rules while working towards global sustainability objectives that can have impacts beyond national borders.

In this context, CADE holds an advantage in potentially establishing a foundation of rules and parameters for analyzing sustainability agreements among competitors, given that the so-called associative agreements are already subject to mandatory merger filing in Brazil.<sup>24</sup> While these agreements may appear peculiar to the international antitrust community, legal professionals and enforcers of antitrust law in Brazil are well-versed in CADE's precedents that determine which agreements between competitors fall within the bounds of competition law. This existing legal framework could serve as the basis for crafting guidelines covering the main types of sustainability agreements and addressing key implementation questions in compliance with Brazilian competition law.

---

<sup>24</sup> Based on CADE's Resolution No. 17/2016, an associative agreement is an agreement that meets the following cumulative criteria: (i) the agreement has a period of at least two years; (ii) the agreement must create a common enterprise between the parties within the scope of the agreement; (iii) there must be sharing of risks and profits among the parties; and (iv) the parties must be competitors in the markets affected by the agreement.

In fact, CADE has a number of precedents related to collaborations for sustainability purposes, including cases involving reverse logistics,<sup>25</sup> as well as two recent decisions involving sustainability agreements. For instance, in 2022, CADE stood as the sole antitrust jurisdiction to block the global joint venture among Volkswagen, BMW, Mercedes-Benz, BASF, Henkel, SAP, Schaeffler, Siemens, T-Systems, and ZF (the Catena-X), an inclusive data ecosystem for the automotive industry. Although the Tribunal unilaterally defined remedies, the parties declined to adopt them, resulting in the transaction's blockage.<sup>26</sup> This case is noteworthy for the divergence between the Tribunal's stance and the opinion issued by CADE's investigatory unit, the General Superintendence, which had previously approved the transaction. It also highlights the differing perspectives between CADE and other jurisdictions on the same case. The provision of more specific guidance on which types of safeguards are crucial in collaborations of this nature could have potentially led to a different outcome, allowing the collaboration to move forward while also providing CADE with the assurance that no competition concern would result from the collaboration.

The second example concerns a case that CADE's Tribunal decided in June 2023, following a request for a second review. This case involved a joint venture between SustainIt, Cargill, Louis Dreyfus, and ADM, aimed at creating a platform to standardize sustainability measurements in the food and agricultural supply chain. CADE's decision emphasized the need for a robust antitrust protocol to prevent the flow of competitively sensitive information between the parties, which played a crucial

---

<sup>25</sup> Merger Cases No. 08700.009764/2015-70 (Parties: Alumbra Produtos Elétricos e Eletrônicos Ltda., LPS Distribuidora de Materiais Elétricos Ltda. and others); No. 08700.006989/2017-36 (Parties: Instituto Jogue Limpo and others) and No. 08700.012602/2015-19 (Parties: Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica and Sindicato da Indústria de Aparelhos Elétricos, Eletrônicos e Similares do Estado de São Paulo).

<sup>26</sup> Merger Case No. 08700.004293/2022-32. Reporting Commissioner Gustavo Augusto Freitas de Lima. CADE's Tribunal decision issued on December 14, 2022.

role in obtaining CADE's clearance.<sup>27</sup> While the case was ultimately unconditionally cleared, it is important to underscore that a request for a second review by CADE's Tribunal is always a concern for the parties involved in a transaction, as it can have a negative impact on the timeline of the merger review process. Once again, prior guidelines that parties could have readily observed might have averted the need for a second request, ultimately saving time and resources for both the parties involved and the authority itself.

These episodes underscore the challenge faced by both CADE and businesses in keeping pace with emerging market trends, especially as companies are increasingly expected to uphold environmental responsibility while promoting effective competition. The absence of specific policies from the antitrust watchdog to address this rapidly evolving discussion further complicates matters. This has led to delays in resolving cases that might have been handled with less complexity, much like other associative agreements previously analyzed by CADE.

Currently, CADE is not fully capitalizing on its legal synergies and expertise. By refraining from taking a more proactive stance, CADE misses the opportunity to actively contribute to the international legal framework on this issue, despite its rich know-how and experience.

In summary, Brazil is well-positioned to lead discussions on sustainability agreements among competitors, particularly considering CADE's extensive experience in analyzing associative agreements. These deliberations could lead to a synthesis that would be valuable for businesses and the antitrust community. This could be achieved through the formulation of guidelines that encapsulate CADE's position and strike a balance between collaboration among competitors and the principles of fair competition.

---

<sup>27</sup> Merger Case No. 08700.009905/2022-83. Reporting Commissioner Sérgio Costa Ravagnani. CADE's Tribunal decision issued on June 21, 2023.



## 6. Conclusion

In a world confronted by the urgent need for sustainable practices, collaborations among competitors have emerged as a powerful response to the complex challenges of climate change, resource conservation, and environmental protection. When recognizing that individual efforts are insufficient, businesses are joining forces to effect meaningful and lasting change. This collaborative approach not only pools resources and expertise but also addresses the "first mover disadvantages" that can deter individual companies from embracing sustainability.

While antitrust rules play a crucial role in preserving competitive markets, they should not inadvertently hinder these vital sustainability efforts. Providing clear guidance for sustainability agreements is paramount, assuring businesses that they can pursue environmentally responsible initiatives without fear of legal repercussions. Moreover, it aligns with global standards and advances Brazil's role in the international dialogue on sustainability.

Brazil, endowed with vast natural resources and unparalleled biodiversity, stands to gain immeasurably from proactive engagement in sustainability discussions. By taking a leading role, Brazil can preserve its unique environmental treasures while contributing significantly to global efforts against climate change.

For CADE the imperative is clear. Drawing on its extensive experience and legal mandate, CADE is well-positioned to offer guidance on sustainability agreements. This will not entail a departure from customary analysis but rather signifies an organic evolution of its role in upholding fair competition and safeguarding consumer welfare.

In conclusion, the issuance of clear guidelines by CADE would not only mitigate legal uncertainty but also foster compliance with competition standards while preventing anticompetitive practices. It represents a significant step towards a future where economic growth and environmental sustainability go hand in hand. In a world where every contribution to combat climate change matters, such guidance is not only timely but imperative.

## References

AUTHORITY FOR CONSUMERS & MARKETS (ACM). Shell and TotalEnergies can collaborate in the storage of CO<sub>2</sub> in empty North Sea gas fields, June 27, 2022. Available at: <https://www.acm.nl/en/publications/acm-shell-and-totalenergies-can-collaborate-storage-co2-empty-north-sea-gas-fields#:~:text=Following%20an%20assessment%20of%20their,fields%20in%20the%20North%20Sea>. Access on August 24, 2023.

AUTHORITY FOR CONSUMERS & MARKETS (ACM). Guidelines Sustainability claims, 2021. Available at: <https://www.acm.nl/system/files/documents/guidelines-sustainability-claims.pdf>. Access on August 24, 2023.

AUTHORITY FOR CONSUMERS & MARKETS (ACM). Second draft version: Guidelines on Sustainability Agreements – Opportunities within competition law. Available at: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/second-draft-version-guidelines-on-sustainability-agreements-opportunities-within-competition-law.pdf> Access on August 24, 2023.

AUTHORITY FOR CONSUMERS & MARKETS (ACM). ACM is favorable to joint agreement between soft-drink suppliers about discontinuation of plastic handles, July 26, 2022. Available at: <https://www.acm.nl/en/publications/acm-favorable-joint-agreement-between-soft-drink-suppliers-about-discontinuation-plastic-handles> Access on August 24, 2023.

AUSTRIAN FEDERAL COMPETITION AUTHORITY (AFCA). Guidelines on the Application of Sec. 2 para. 1 Cartel Act to Sustainability Cooperations. Available at: [https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user\\_upload/AFCA\\_Sustainability\\_Guidelines\\_English\\_final.pdf](https://www.bwb.gv.at/fileadmin/user_upload/AFCA_Sustainability_Guidelines_English_final.pdf) Access on August 24, 2023.

BRAZIL. CADE's Resolution No. 17, of October 18, 2016. Available at: [https://sei.cade.gov.br/sei/controlador\\_externo.php?acao=documento\\_conferir&codigo\\_verificador=0253915&codigo\\_crc=8EB291C3&hash\\_download=a3a7f7c4cbbb04775201fc622d85953a1325ea702c1cd6aae-aeaa9b182e469db4b57fe6c328cf849f4275b476370ba390395a8c0392de77568f061f54d44040&visualizacao=1&id\\_orgao\\_acesso\\_externo=0](https://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificador=0253915&codigo_crc=8EB291C3&hash_download=a3a7f7c4cbbb04775201fc622d85953a1325ea702c1cd6aae-aeaa9b182e469db4b57fe6c328cf849f4275b476370ba390395a8c0392de77568f061f54d44040&visualizacao=1&id_orgao_acesso_externo=0). Access on August 27, 2023.

BRAZIL. Law No. 12.529, November 30, 2011. Available at: [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). Access on August 27, 2023.

BRAZIL'S GREEN MONITOR. Foreign Trade and International Affairs Secretariat for International Economic Affairs International Financial Markets Unit. Available at: [https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/assuntos-economicos-internacionais/acompanhamento-economico/brazil-green-monitor/brazil\\_green\\_monitor-2022-04.pdf](https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/assuntos-economicos-internacionais/acompanhamento-economico/brazil-green-monitor/brazil_green_monitor-2022-04.pdf). Access on August 21, 2023.

BRAZIL. ONU confirma Belém (PA) como sede da COP-30, a conferência para o clima. Available <https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/noticias/2023/05/onu-confirma-belem-pa-como-sede-da-cop-30-conferencia-para-o-clima>. Access on September 8, 2023.

BRAZIL. CADE. Merger Case No. 08700.009905/2022-83. Reporting Commissioner Sérgio Costa Ravagnani. CADE's Tribunal decision issued on June 21, 2023.

BRAZIL. CADE. Merger Case No. 08700.009764/2015-70 (Applicants: Alumbra Produtos Elétricos e Eletrônicos Ltda., LPS Distribuidora de Materiais Elétricos Ltda. and others).

BRAZIL. CADE. Merger Case No. 08700.006989/2017-36 (Applicants: Instituto Jogo Limpo and others).

BRAZIL. CADE. Merger Case No. 08700.012602/2015-19 (Applicants: Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica and Sindicato da Indústria de Aparelhos Elétricos, Eletrônicos e Similares do Estado de São Paulo).

BRAZIL. CADE. Merger Case No. 08700.004293/2022-32. Reporting Commissioner Gustavo Augusto Freitas de Lima. CADE's Tribunal decision issued on December 14, 2022.

BRAZIL. CADE. Merger Case No. 08700.009905/2022-83. Reporting Commissioner Sérgio Costa Ravagnani. CADE's Tribunal decision issued on June 21, 2023.

BRAZIL. Ministry of the Environment and Climate Change. 'Queremos 100% de energia limpa', afirma Lula. Available at <https://www.gov.br/mma/pt-br/queremos-100-de-energia-limpa-afirma-lula>. Access on September 8, 2023.

BRAZIL. Nationally Determined Contribution to the Paris Agreement. Available <https://unfccc.int/sites/default/files/NDC/2022-06/Updated%20-%20First%20NDC%20-%20-%20-%20FINAL%20-%20PDF.pdf>. Access on September 8, 2023.

CANDIL, Ana Paula. CADE must not expand its scope of analysis beyond consumer welfare standard, agency President Cordeiro says. MLex. Published on October 14, 2022. Available at: [https://content.mlex.com/#/content/1329413?referrer=email\\_instantcontentset](https://content.mlex.com/#/content/1329413?referrer=email_instantcontentset). Access on August 27, 2023.

CANDIL, Ana Paula. Joint ventures formed by major players to exchange information a 'Pandora's box,' CADE's de Lima says. MLex. Published on January 28, 2023. Available at: [https://content.mlex.com/#/content/1481283/joint-ventures-formed-by-major-players-to-exchange-information-a-pandora-s-box-cade-s-de-lima-says?referrer=search\\_linkclick](https://content.mlex.com/#/content/1481283/joint-ventures-formed-by-major-players-to-exchange-information-a-pandora-s-box-cade-s-de-lima-says?referrer=search_linkclick). Access on August 27, 2023.

CANDIL, Ana Paula. Mercedes-Benz, BMW, others withdraw global automobile joint venture under review in Brazil. MLex. Published on January 26, 2023. Available at: [https://content.mlex.com/#/content/1445383/mercedes-benz-bmw-others-withdraw-global-automobile-joint-venture-under-review-in-brazil?referrer=content\\_seehereview](https://content.mlex.com/#/content/1445383/mercedes-benz-bmw-others-withdraw-global-automobile-joint-venture-under-review-in-brazil?referrer=content_seehereview). Access on August 27, 2023.

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (CMA). Draft guidance on the application of the Chapter I prohibition in the Competition Act 1998 to environmental sustainability agreement. Available at: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/1139264/Draft\\_Sustainability\\_Guidance\\_document\\_.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1139264/Draft_Sustainability_Guidance_document_.pdf). Access on August 24, 2023.

COMPETITION & CONSUMER COMMISSION OF SINGAPORE. Draft Guidance Note on Business Collaborations pursuing Environmental Sustainability Objectives. Available at: <https://www.ccs.gov.sg/media-and-consultation/newsroom/media-releases/sustainability-guidance-note-for-business-collaboration-public-consult-20-july-23>. Access on August 24, 2023.

DOLMANS, Maurits. Sustainability Agreements and Antitrust – Three Criteria to Distinguish Beneficial Cooperation from Greenwashing. 7 set. 2021. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3920369>. Access on August 26, 2023.

DOLMANS, Maurits. The 'polluter Pays' Principle as a Basis for Sustainable Competition Policy. In: HOLMES, Simon; SNOEP, Maarten; MIDDELSCHULTE, Dennis (eds.). *Competition Law & Environmental Sustainability*. Concurrences, 2020. Available at: <https://ssrn.com/abstract=3735561>. Access on August 26, 2023.

EMBRAPA. Ciência e tecnologia tornaram o Brasil um dos maiores produtores mundiais de alimentos. Available at <https://www.embrapa.br/busca-de-noticias/-/noticia/75085849/ciencia-e-tecnologia-tornaram-o-brasil-um-dos-maiores-produtores-mundiais-de-alimentos#:~:text=Em%202021%2C%20o%20Pa%C3%ADs%20registrou,gerado%20aqui%2C%20lideran%C3%A7a%20absoluta%20no.> Access on September 8, 2023.

GREENPEACE, INC. The Climate Emergency Unpacked. Washington D.C. In: Greenpeace Reports. Washington D.C., September 14, 2021. Available at: <https://www.greenpeace.org/usa/reports/the-climate-emergency-unpacked/>. Published on September 2021. Access on August 27, 2023.

HELLENIC COMPETITION COMMISSION. Technical Report on Sustainability and Competition. Available at: <https://www.epant.gr/en/enimerosi/publications/research-publications/item/1284-technical-report-on-sustainability-and-competition.html> Access on August 24, 2023.

HOLMES, Simon. Climate change, sustainability, and competition law. *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 8, Issue 2, July 2020, Pages 354–405. Available at: <https://academic.oup.com/antitrust/article/8/2/354/5819564>. Access on August 29, 2023.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). How competition policy acts as a barrier to climate action, November 2022. Available at: <https://iccwbo.org/news-publications/policies-reports/how-competition-policy-acts-as-a-barrier-to-climate-action/> Access on August 26, 2023.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). When Chilling Contributes to Warming How Competition Policy Acts As a Barrier to Climate Action, November 2022. Available at: <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2022/11/when-chilling-contributes-to-warming-2.pdf> Access on August 26, 2023.

IPCC, 2022: *Climate Change 2022: Impacts, Adaptation and Vulnerability*. Contribution of Working Group II to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change [H.-O. Pörtner, D.C. Roberts,

M. Tignor, E.S. Poloczanska, K. Mintenbeck, A. Alegría, M. Craig, S. Langsdorf, S. Löschke, V. Möller, A. Okem, B. Rama (eds.)). Cambridge University Press. Cambridge University Press, Cambridge, UK and New York, NY, USA, 3056 pp., doi:10.1017/9781009325844. Available at [https://report.ipcc.ch/ar6/wg2/IPCC\\_AR6\\_WGII\\_FullReport.pdf](https://report.ipcc.ch/ar6/wg2/IPCC_AR6_WGII_FullReport.pdf). Access on September 8, 2023.

JAPAN FAIR TRADE COMMISSION. Draft Guidelines Concerning the Activities of Enterprises Toward the Realization of a Green Society under the Antimonopoly Act. Available at: <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2023/January/230118EN3.pdf> Access on August 24, 2023.

McKinsey & Company. The green hidden gem – Brazil’s opportunity to become a sustainability powerhouse, November 2022. Available at: <https://www.mckinsey.com/br/en/our-insights/all-insights/the-green-hidden-gem-brazils-opportunity-to-become-a-sustainability-powerhouse> Access on August 21, 2023.

OECD (2020), Sustainability and Competition, OECD Competition Committee Discussion Paper, <https://www.oecd.org/daf/competition/sustainability-and-competition-2020.pdf>. Access on August 26, 2023.

SCHINKEL, M. P.; SPIEGEL, Y. Can collusion promote sustainable consumption and production? *Journal of Environmental Economics and Management*, v. 87, p. 116-134, 2018. Available at: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0167718716300327>. Access on August 29, 2023.

SCHINKEL, Maarten Pieter; TREUREN, Leonard. Green Antitrust: (More) Friendly Fire in the Fight against Climate Change. In: HOLMES, S.; MIDDELSCHULTE, D.; SNOEP, M. (eds.). *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability. Concurrences*, 2021. Amsterdam Law School Research Paper No. 2020-72, Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2020-07. University of Amsterdam - Department of Economics and KU Leuven - Department of Economics, 2020. Available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3749147](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3749147). Access on August 29, 2023.

SCOTT, Inara. Antitrust and socially responsible collaboration: A chilling combination. *American Business Law Journal*, v. 53, 2016, p. 97. Available at: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/ambuslj53&div=7&id=&page=>. Access on August 29, 2023.

SCHINKEL, Maarten Pieter; TREUREN, Leonard. Green Antitrust: Why Would Restricting Competition Induce Sustainability Efforts? Promarket, 2021. Available at: <https://www.promarket.org/2021/03/26/green-antitrust-why-would-restricting-competition-induce-sustainability-efforts/>. Access on August 29, 2023.

UNITED STATES OF AMERICA. U.S. Embassy & Consulates In Brazil. Fact Sheet: U.S.-Brazil Environmental Cooperation (2023). Available at: <https://br.usembassy.gov/fact-sheet-u-s-brazil-environmental-cooperation/#:~:text=sustainable%20economic%20performance.,Climate%20Change,eliminate%20illegal%20deforestation%20by%202028>. Access on August 21, 2023.

## AGGREGATED SEGREGATION AND THE MINORITY CONSUMER WELFARE

*Segregação agregada e o bem-estar do consumidor minoritário*

*Roberto Domingos Taufick<sup>1</sup>*

**Resumo:** Aprende-se que o progresso científico é inerentemente bom, que melhorou as condições de vida de todos os seres humanos e que a revolução digital está progressivamente ajudando a nivelar as condições de competir para todos. Mas as evidências empíricas contam outra história, quando o assunto são os efeitos das rupturas tecnológicas sobre as condições de vida das minorias. As mudanças tecnológicas sempre tiveram como inspiração um determinado perfil de consumidor, identificado como o cidadão padrão. Como consequência do viés, quanto mais distante alguém se encontrar do perfil do cidadão padrão, menos se sente contemplado por decisões empresariais, ou por políticas públicas que não a/o tiveram como público-alvo. Trazendo estudos de casos que relatam como o passado, o presente e o futuro foram, ou estão sendo projetados para perpetuar o hiato que separa as minorias do cidadão padrão, este artigo coloca em evidência como a política antitruste também foi vítima de uma interpretação enviesada do consumidor e de como esse erro tem levado a uma política antitruste regressiva. Finalmente, a partir desses achados, propõe as adaptações necessárias para corrigir a abordagem enviesada do consumidor e para criar tomadas de decisão inclusivas na seara concorrencial.

**Palavras-chaves:** Antitruste; Minorias; Bem-Estar do Consumidor; Viés; Diversidade.

**Abstract:** We learn that scientific progress is inherently good, that it has improved the living conditions of all humans, and that the digital revolution is progressively helping level the playing field for all. But empirical evidence related to the effects of technological disruptions on the living conditions of minorities tells another story. Technological changes have always prioritized the welfare of a certain profile of consumer, identified in this article as the ‘non-minority standard model citizen’. Because of bias, the more distant one

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito (Largo de S. Francisco, USP). Mestre em Direito, Ciência e Tecnologia (Stanford University). 2015 Gregory Terrill Cox Summer Research Fellow, John Olin Program in L&E (Stanford University). Doutor em Direito com distinção e louvor e sugestão de publicação (Largo de S. Francisco, USP). Finalista do Antitrust Writing Awards (2022). Vencedor do Prêmio Ibrac-TIM (2019). 2º e 3º lugares, respectivamente, nos prêmios Sefel (2018) e Secap (2019) de monografias do Ministério da Fazenda. Autor de Nova Lei Antitruste Brasileira e diversos artigos publicados nacional e internacionalmente.



falls from the tree of that non-minority standard model citizen, the less one feels contemplated by corporate decisions and public policies. Bringing compelling case studies showing that technologies and public policies have been designed in a way that perpetuates the minority gap, this article shows how antitrust has been affected by a biased understanding of the consumer and how that mistake has led to a regressive antitrust policy. Finally, I suggest adaptations that might help correct the biased approach towards the definition of consumer and create inclusive decision-making in antitrust.

**Keywords:** Antitrust; Minorities; Consumer Welfare; Bias; Diversity.

**Summary:** 1. Introduction. 2. Case studies. 2.1. Professional regulation, gender, and race. 2.2. Non-compete and non-solicitation agreements and minorities; 2.3. United States v Brown University and black students. 2.4. The Kroton-Estácio merger and minorities. 2.5. Mergers of male and female sports associations and the gender gap. 2.6. Soccer monopolization and the gender gap. 2.7. National Collegiate Athletic Association and black student-athletes. 2.8. ‘Talkies’ and deaf people. 2.9. Movies distribution and the black community. 2.10. Local businesses and black communities. 3. Conclusion: improving the definition of consumer.

## 1. Introduction

Over the last few years, we have observed the surge of theories looking at antitrust law and practice as too narrow in scope and too indulgent with mergers and behaviors that affect the functioning of markets. In contrast, several papers have also been published confronting that view, explaining why an antitrust that is broader in scope would become too subjective and harder to replicate across the borders. None of these papers addressed a fundamental flaw in antitrust foundations, though: That antitrust practice is regressive because cases are prioritized, markets are defined, and consumers are protected according to biased decisions. Because consumers are treated as a uniform, aggregated mass of interests, authorities have ignored nuances of perceptions that can be particularly relevant to the socio-economic segregation of minorities – an effect we call ‘aggregated segregation’.

The Organization for Economic Cooperation and Development<sup>2</sup> was the first globally relevant entity with substantial soft power to underline the importance of using the disaggregation of consumers to protect minorities. In 2018, it proposed that economic interventions should only happen after a careful analysis of their impact on women, including the anti-competitive effects of explicit or implicit restrictions on female entrepreneurs. On top of that, the OECD argued against discriminatory regulations that would prevent or discourage efficient female entrepreneurs from competing against less efficient males. A critical view of antitrust was also introduced at the US Federal Trade Commission (FTC) by Commissioner Rebecca Slaughter, when she was still the agency's acting chairperson. Slaughter (2020) argued that antitrust decisions should be awarded having in mind their effects on non-white minorities. Critical antitrust also influenced the Supreme Court (SCOTUS) decision in *NCAA v Alston* (2021), which revisited *NCAA v Board of Regents* (1984) to calibrate its effects on black minorities.

Both actions have in common their understanding that antitrust is neither immune to bias nor neutral and that a non-interventionist or *laissez-faire* approach would be regressive and detrimental to minority citizens also when they are acting in their consumer capacities. In the first place, bias in antitrust is, like anywhere else, a consequence of values that public agents – people – intendedly or inadvertently, express in whatever they do. But – which is particularly important to us – it is also the result of market decisions, product/service design, rules or policymaking that have as a starting point the interest, the worldview or the values of non-minority target consumers and entrepreneurs. As a result, even when these decisions, designs, rules or policies become useful to minorities, they are primarily and ultimately destined to represent in fuller strength only the interest of non-minority citizens (NAGEL, 2013<sup>3</sup>), leading to outcomes that are more suitable and likely to offer better results to the non-minority standard model citizen.

---

<sup>2</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). What's gender got to do with competition policy? Paris: OECD, March 2018. Available on <<https://oecdonthellevel.com/2018/03/02/whats-gender-got-to-do-with-competition-policy/>>.

<sup>3</sup> NAGEL, Thomas. Como é ser um morcego?. Revista da Abordagem Gestáltica: Phenomenological Studies, v.19, n. 1, pp. 109-115, 2013 (originally published in 1974).

This paper will revisit selected Brazilian and foreign case law to explain how product and policy biases have contaminated antitrust analysis.

## 2 Case Studies

In this section, we refer to practical cases or to agreements to offer solid examples of how public enforcement and advocacy far too often have been inoculated by the bias that exists in the market strategy they relied on when deciding which consumer to protect and what measures to use. We have become familiar with a long list of case studies and policymaking showing how resource allocation, industry ingenuity and policymaking have been put together to serve primarily a particular kind of customer: The best bidder, not by accident the non-minority standard model citizen.

### 2.1. *Professional regulation, gender and race*

By the nature of their activity, antitrust agencies are *a priori* against the imposition of barriers to entry in any market. A well-known way of imposing barriers to entry into the labor market is the regulation of professions. Antitrust authorities around the world frequently advocate against regulations that impose conditions for the entry of competitors, not rarely as consequence of OECD recommendations.

If, in Brazil, the advocacy unit at the Ministry of Finance performed this function until very recently, in the USA this function is performed, in general, by the Federal Trade Commission (FTC). In this capacity, since 1970 the FTC has been dedicated to presenting *amicus curiae* briefs in processes related to the regulation of professions<sup>4</sup>.

Traditionally, cost-benefit analysis carried out by said agencies evaluates safety, health and even standardization regulations as beneficial, while the rest, particularly when they involve increased remuneration, is treated negatively, and associated with rent-seeking. It turns out that, in parallel with the most ordinary cases, there are regulations that can mitigate the

---

<sup>4</sup> VAHEESAN, Sandeep. Accommodating Capital and Policing Labor: Antitrust in the Two Gilded Ages. *Maryland Law Review*, v. 78, pp. 766-827, 2019.

effects of race and gender bias in some markets as they increase information symmetry about minority candidates<sup>5</sup>. In these cases, it is possible that the professional regulation not only generates net social benefits, but also ultimately yields net pro-competitive effects, given that, by bringing more qualitative information about minority candidates and reducing or eliminating bias against minorities, the norm has the power to increase the number of relevant competitors in the labor market.

By regarding any professional regulation *per se* illegal, competition advocacy bodies such as the FTC and the advocacy unit at the Ministry of Finance are failing to analyze nuances and therefore harming not only minorities, but also the competitive process itself<sup>6</sup>. The effect of information asymmetry on the qualitative analysis of the profile of minority candidates was explained by Blair and Chung<sup>7</sup>, who concluded that in the absence of a sufficiently strong predictor of skill, employers tend to rely on observable characteristics such as race or gender to infer worker productivity, although these inferences are inaccurate. Likewise, they suggested that, in the absence of information, employers overestimate the likelihood of a criminal record among Afro-American men<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> VAHEESAN, Sandeep. Accommodating Capital and Policing Labor: Antitrust in the Two Gilded Ages. *Maryland Law Review*, v. 78, pp. 766-827, 2019.

<sup>6</sup> VAHEESAN, Sandeep. Accommodating Capital and Policing Labor: Antitrust in the Two Gilded Ages. *Maryland Law Review*, v. 78, pp. 766-827, 2019.

<sup>7</sup> BLAIR, Peter; CHUNG, Bobby (June 2018 version). Job Market Signaling through Occupational Licensing. Working Papers 2017-50R. Chicago, Illinois: Human Capital and Economic Opportunity Working Paper Series, June 2017, reviewed on June 2018. Available on [http://humcap.uchicago.edu/RePEc/hka/wpaper/Blair\\_Chung\\_2017\\_licensing\\_gender\\_racial\\_wage\\_gaps\\_r2.pdf](http://humcap.uchicago.edu/RePEc/hka/wpaper/Blair_Chung_2017_licensing_gender_racial_wage_gaps_r2.pdf).

<sup>8</sup> BLAIR, Peter; CHUNG, Bobby (June 2018 version). Job Market Signaling through Occupational Licensing. Working Papers 2017-50R. Chicago, Illinois: Human Capital and Economic Opportunity Working Paper Series, June 2017, reviewed on June 2018. Available on [http://humcap.uchicago.edu/RePEc/hka/wpaper/Blair\\_Chung\\_2017\\_licensing\\_gender\\_racial\\_wage\\_gaps\\_r2.pdf](http://humcap.uchicago.edu/RePEc/hka/wpaper/Blair_Chung_2017_licensing_gender_racial_wage_gaps_r2.pdf).

## 2.2. *Non-compete and non-solicitation agreements and minorities*

The relevance of non-compete/non-solicitation clauses continues to be largely neglected by competition bodies<sup>9</sup>, even though restrictions on the mobility of employees have a disproportionate effect on certain identities, particularly on the wages of minorities<sup>10</sup>. These agreements are associated with the exacerbation of multiple symptoms that affect particularly minorities, including<sup>11</sup>: (1) a stagnant gender and racial wage gap; (2) the mobility constraints affecting minorities; (3) risk aversion behaviors and negotiation patterns that vary across identities. In general, as they are subject to greater bias, minorities are more risk averse and tend to negotiate less the terms of the contracts; (4) the social network deficit of certain groups, which can only be corrected with richer professional networks; (5) a variation in the preferences for non-monetary factors within a work environment – for example, variations in the importance [for that minority] of a voice-giving work environment, a diverse work environment, and a work environment whose corporate cultures are not hostile; (6) the role of contractual sanctions and mobility bias, which vary according to the identity. In the case of women, contractual restrictions add to others resulting from the double shift of work, geographic family ties (the family tends to move according to the professional needs of the main provider, who is usually the man in a society with a relevant wage gap) and the usually unpaid leave from the labor during and in the aftermath of pregnancy.

In labor markets, discovering someone's value depends on how often one is exposed to information about the price of her or his work. However, non-compete clauses reduce the minority employees' exposure to offers and as consequence demand for their work and their market value. Studies on labor market concentration have found that when outside options are limited, discrimination inside the corporation is more pronounced. And this

---

<sup>9</sup> SHAPIRO, Carl. Protecting Competition in the American Economy: Merger Control, Tech Titans, Labor Markets. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 33, n. 3, pp. 69-93, Summer 2019.

<sup>10</sup> LOBEL, Orly. Gentlemen prefer bonds: how employers fix the talent market. *Santa Clara Law Review*, v. 59, pp. 663-700, 2020.

<sup>11</sup> LOBEL, Orly. Gentlemen prefer bonds: how employers fix the talent market. *Santa Clara Law Review*, v. 59, pp. 663-700, 2020.

is only the top of the iceberg: There is growing evidence on the pernicious effects of impaired professional mobility on racial inequality. The logic is quite simple: removing restrictions on mobility can improve the ability of workers to move from biased to non-biased firms and thus reduce discrimination<sup>12</sup>.

In addition to being a corporate design that reinforces violence against minorities, non-solicitation clauses have potentially harmful effects on innovation. When the turnover in workforce is accompanied by greater diversity among top officers – which, in America, happens more often at the Silicon Valley, in California -, there is exponentially more innovation (PAGE, 2007<sup>13</sup>). In fact, the state of California attributes to the prohibition of non-competition clauses by article 16600 of the California Business & Professions Code the technological leap that the region has in comparison to the other American states. This argument was revisited by Mark Lemley and James Pooley in 2008.

Finally, the FTC has recently proposed a rule to ban noncompete clauses precisely because they hurt workers by suppressing their wages<sup>14</sup>. The ban could also apply to other types of employment restrictions, if they function as non-competes. As recalled by Commissioners Slaughter and Bedoya, non-competes “are often imposed on workers with no ability to bargain as a condition of employment”<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> LOBEL, Orly. Gentlemen prefer bonds: how employers fix the talent market. *Santa Clara Law Review*, v. 59, pp. 663-700, 2020.

<sup>13</sup> PAGE, Scott E.. *The Difference: How the Power of Diversity Creates Better Groups, Firms, Schools, and Societies*. Prince University Press, 2007.

<sup>14</sup> FTC Proposes Rule to Ban Noncompete Clauses, Which Hurt Workers and Harm Competition | Federal Trade Commission. Available on <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/01/ftc-proposes-rule-ban-noncompete-clauses-which-hurt-workers-harm-competition>.

<sup>15</sup> Statement of Commissioners Slaughter and Bedoya on the Notice of Proposed Rulemaking on NonCompete Clauses (ftc.gov). Available on [https://www.ftc.gov/system/files/ftc\\_gov/pdf/statement-of-commissioners-slaughter-and-bedoya-on-proposed-rulemaking-noncompete.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/statement-of-commissioners-slaughter-and-bedoya-on-proposed-rulemaking-noncompete.pdf).

### 2.3. *United States v Brown University and black students*

*United States v Brown University* (1993) is known as a price-fixing cartel between Ivy League universities and the Massachusetts Institute of Technology (MIT) in the United States. The case, filed in 1991 by the DoJ, involved, for the first time, the application of antitrust to the decision-making process of non-profit entities and had as object an agreement executed in the 1950s to coordinate the amounts of scholarships paid to students who were financially underprivileged. This coordination process was called the ‘Overlap’<sup>16</sup>.

As the lawsuit unfolded, all schools, except for the MIT, signed consent decrees agreeing to discontinue the agreement. Although the MIT was condemned by the lower court, the appellate court remanded the case as it understood that even in the case of price fixing the court should evaluate the social goals of college policy. According to the rule of reason analysis, the Overlap increased consumer choice, making it possible for capable but underprivileged students who would have never otherwise attended the MIT to be admitted. The special nature of college education and the pro-competitive and pro-consumer characteristics of the Overlap convinced the court of appeals that the rule of reason would be adequate<sup>17</sup>

The Justice Department still had the option to prove in court that the Overlap was not the least restrictive alternative to competition necessary to achieve the same result. The Third Circuit decision was, however, very favorable to MIT’s policy: The court made it clear that equal access to education and a more diverse college environment was socially desirable. As consequence, the Ivy League universities and the MIT signed an agreement

---

<sup>16</sup> ROBERTSON, Elbert L.. Antitrust as Anti-Civil Rights? Reflections on Judge Higginbotham's Perspective on the "Strange" Case of *United States v. Brown University*. *Yale Law & Policy Review*, v. 20, 2002. Available on <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylpr/vol20/iss2/11>.

<sup>17</sup> ROBERTSON, Elbert L.. Antitrust as Anti-Civil Rights? Reflections on Judge Higginbotham's Perspective on the "Strange" Case of *United States v. Brown University*. *Yale Law & Policy Review*, v. 20, 2002. Available on <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylpr/vol20/iss2/11>.

with the Department of Justice which sustained the original agreement but forbade collective discussions about individual scholarships<sup>18</sup>.

*Brown University* showed that the 'true meaning' of antitrust must consider an almost universal range of conflicts of values that can be the source of legitimate antitrust litigation. Estimates show that the increase in black students' admissions due to the Overlap were statistically significant: between 1984 and 1990 they leapfrogged from 3 to 5%<sup>19</sup>. Ten years later, however (2023), in *SFFA v. Harvard* and *SFFA v. UNC*, the SCOTUS ruled against a holistic practice of considering race among the factors in admitting students to universities.

#### 2.4. *The Kroton-Estácio merger and minorities*

In June 2017, CADE rendered its decision on the merger between two of the largest education groups in Brazil: Estácio and Kroton. Commissioner Schmidt, who delivered the opinion of the administrative court, asserted that the merger happened in the context of the consolidation of the education sector in Brazil, which reached its peak between 2011 and 2013, with 67 operations reviewed by the antitrust agency since 2001, 12 between 2007 and 2008 alone (11 of them having Estácio as the acquirer). The consolidation of the education sector was well analyzed by the 2013 opinion of Commissioner Octaviani in the *Anhanguera-Anchieta* case, when he called attention to the financialization of the education sector led by investment funds.

According to the detailed analysis offered by Commissioner Schmidt, in 2015 76% of college students were enrolled in private institutions, 44% of them being receiving some type of funding or scholarship. Over 49% of those students depended on the Student Financing Fund (Fies),

---

<sup>18</sup> ROBERTSON, Elbert L.. Antitrust as Anti-Civil Rights? Reflections on Judge Higginbotham's Perspective on the "Strange" Case of *United States v. Brown University*. *Yale Law & Policy Review*, v. 20, 2002. Available on <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylpr/vol20/iss2/11>.

<sup>19</sup> ROBERTSON, Elbert L.. Antitrust as Anti-Civil Rights? Reflections on Judge Higginbotham's Perspective on the "Strange" Case of *United States v. Brown University*. *Yale Law & Policy Review*, v. 20, 2002. Available on <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylpr/vol20/iss2/11>.



while 18% relied on the Program College Education for All (Prouni) – both from the Ministry of Education – and approximately 33% on other sources.

Prouni offered scholarships based on merit plus (low) family income as well as for students with disabilities. Candidates had to prove a gross monthly family income *per capita* of up to one and a half minimum wage to apply for full scholarships and of up to three minimum wages *per capita* for partial scholarships, with approximately 95% of students coming from public schools. Non-white young not-working males were more likely to receive a scholarship<sup>20</sup>. In its turn, 75% of students who benefitted from Fies belonged to classes C, D, or E (monthly family income of up to four and a half minimum wages), 52% worked and 77% came from public schools (ABMES, 2018). Dark skinned students represented, in 2015, approximately 54% of the scholarships, leapfrogging to over 60% in 2017<sup>21</sup>.

Even though mergers involving the education sector in Brazil have a clear impact on minorities, CADE never measured the effect of the operation on the programs that subsidized higher education, particularly on the number of scholarships granted by Prouni and on the amount of funding within the scope of Fies.

### 2.5. *Mergers of male and female sports associations and the gender gap*

The merger between the Women's Cricket Association (WCA) and the England and Wales Cricket Board (ECB) is a case full of symbolism, as it involved a unification involving the women's and men's cricket organiza-

---

<sup>20</sup> BECKER, Kalinca Léia; MENDONÇA, Mário Jorge. Avaliação de impacto do Prouni sobre a *performance* acadêmica dos estudantes. Texto para discussão/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília e Rio de Janeiro: Ipea, 2019

<sup>21</sup> BRAZIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico (Ministério da Fazenda). Avaliação do Fundo de Financiamento Estudantil – Fies. Brasília: Brazil's Ministry of Finance, January 2018. Available on [https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/cmap/publicacoes/subsidios-da-uniao/avaliacao-tcu/avaliacao\\_fies\\_jan2018\\_coef.pdf](https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/cmap/publicacoes/subsidios-da-uniao/avaliacao-tcu/avaliacao_fies_jan2018_coef.pdf).

tions. It followed a global trend, including the merger between the International Women's Cricket Council (IWCC) and the [Men's] International Cricket Council (ICC) in 2005<sup>22</sup>.

Before the merger, women had held decision-making positions and set agendas, as well as did most of the team coaching. Although the women that coached were not remunerated, they ensured the same qualification as the male coaches, so that their technical capacity was not questioned. That all changed after the merger. Velija, Ratna and Flintoff<sup>23</sup> claimed that women felt that they should not be too demanding, or frank, as they recognized (and accepted) their position as weaker partners in the game. And by not engaging in the conflict, women endorsed the working conditions, according to which women were inferior to men.

The effect of the gender gap in the command of merged entities has been previously portrayed with similar results in Australia. Women involved in the game felt they had lost power over the management of their teams, in terms of their position of authority, meaning that they had little power, as women, to set an agenda for changes that could benefit other female cricketers.

The integration had the opposite effect as expected, making even clearer the different treatment given to women in sports, as evidenced by the peripheral position of women's leagues on the associations' websites and the flagrant attempts to dissociate the *women's game* (*women's* cricket, for instance) from the *sport* practiced by men (cricket, alone, being used only when referring to the men's league). Paradoxically, the unification between women's and men's associations – despite the centralization of sport command in the hands of men – has been presented as evidence of gender equality, insofar as more resources have flowed to female leagues<sup>24</sup>. But,

---

<sup>22</sup> VELIJA, Philippa; RATNA, Aarti; FLINTOFF, Anne. Exclusionary power in sports organisations: The merger between the Women's Cricket Association and the England and Wales Cricket Board. *International Review for the Sociology of Sport*, v. 49, n. 2, pp. 211-226, 2014.

<sup>23</sup> VELIJA, Philippa; RATNA, Aarti; FLINTOFF, Anne. Exclusionary power in sports organisations: The merger between the Women's Cricket Association and the England and Wales Cricket Board. *International Review for the Sociology of Sport*, v. 49, n. 2, pp. 211-226, 2014.

<sup>24</sup> VELIJA, Philippa; RATNA, Aarti; FLINTOFF, Anne. Exclusionary power in sports organisations: The merger between the Women's Cricket Association and the England and Wales Cricket Board. *International Review for the Sociology of Sport*, v. 49, n. 2, pp. 211-226, 2014.

although the mergers have improved the financial resources allocated to manage the female leagues, it is also true that women have been alienated from all the decision-making power, putting in the hands of men the decisions that will impact women's sports, even if the decision is not what women would have chosen if they had decision power.

## 2.6. *Soccer monopolization and the gender gap*

Since 1983, the Brazilian Soccer Confederation (CBF) has been assigned the management of women's soccer at the national level. However, especially (but not only) until 1991, when it eventually took over the women's national team<sup>25</sup>, the CBF used its monopoly power to weaken women's soccer and place only one product on the market -- men's soccer. That decision alone was detrimental to consumers – as there were fewer options available on the market -, but also to the development of a new market that would benefit the training of female players.

That was not all. The women's team had only had male managers<sup>26</sup> and even the uniform was designed for men<sup>28</sup>. Compared to the situation of women's cricket presented above, the situation of women in Brazil was twice inferior: Not only did they not have the power to decide how to organize themselves; they were also deprived of sponsorship, as exemplified by the Brazilian participation in the 1988 Women's Invitational Tournament

<sup>25</sup> KESTELMAN, Amanda; BARLEM, Cintia; TARRISSE, Ana. A história do futebol feminino no Brasil, 2019. Available on <https://interativos.globoesporte.globo.com/futebol/selecao-brasileira/especial/historia-do-futebol-feminino>.

<sup>26</sup> CELIO, Amanda. Por que a estrutura do futebol feminino ainda é ocupada por homens no Brasil, 5 de julho de 2019. Available on <https://www.hypeness.com.br/2019/07/por-que-a-estrutura-do-futebol-feminino-ainda-e-ocupada-por-homens-no-brasil/>.

<sup>27</sup> BATISTA, Daniel; VITOR, Raul. Mulheres assumem o comando do futebol feminino no Brasil, 1º de outubro de 2020. Available on <https://www.estadao.com.br/infograficos/esportes,mulheres-assumem-o-comando-do-futebol-feminino-no-brasil,1124127>.

<sup>28</sup> RÍMOLI, Comes. Empoderamento. Mulheres se livram das estrelas masculinas a seleção: demonstrando dignidade, a seleção feminina do Brasil abdica de vez das cinco estrelas no distintivo. Elas foram conquistadas pelos homens, November 27, 2020. Available on <https://esportes.r7.com/prisma/cosme-rimoli/empoderamento-mulheres-se-livram-das-estrelas-masculinas-na-selecao-27112020>.

which took place in China, when women athletes used the uniforms made for the male athletes who participated in the World Cup that same year<sup>29</sup>.

The case also involves intersectionality: in addition to representing a gender issue, the abuse of monopoly power involved racial and economic issues. If soccer was an invention of the male elite, originally practiced by the male elite and even attended by women from the Brazilian elite, the female precursors of the sport in Brazil were poor and, in effect, predominantly non-white<sup>30</sup>.

### 2.7. *National Collegiate Athletic Association and black student-athletes*

*NCAA v. Board of Regents* (1984) is well known for establishing the application of a rule of reason for horizontal agreements when horizontal restrictions on competition are essential to make the product available at all on the market<sup>31</sup>. The case involved a platform market where the NCAA had agreements with colleges on one side and television networks on the other. The object of the agreement was the rights to broadcast American football games. The scope of the agreement included restrictions on the number of games to be broadcast, how many times each team could have its games broadcast (a floor and a ceiling) and the price for each game.

The agreement was challenged in court by two universities, which sued the NCAA on the grounds of illegal restrictions of trade and price fixing. SCOTUS agreed with both universities on those claims but rejected the

---

<sup>29</sup> KESTELMAN, Amanda; BARLEM, Cintia; TARRISSE, Ana. A história do futebol feminino no Brasil, 2019. Available on <https://interativos.globoesporte.globo.com/futebol/selecao-brasileira/especial/historia-do-futebol-feminino>.

<sup>30</sup> BRUHNS, Heloisa T. Futebol, Carnaval e Capoeira: Entre as gingas do corpo brasileiro. Campinas: Papirus, 2000.

<sup>31</sup> SULLIVAN, E. Thomas; HARRISON, Jeffrey L.. Understanding Antitrust and its Economic Implications. Newark, São Francisco and Charlottesville: LexisNexis, 2003.

use of the *per se* rule<sup>32</sup>. As a result, schools and broadcasters started to negotiate the conditions for broadcasting their games without the intermediation of the NCAA<sup>33</sup>.

The last paragraph of the opinion of the Court delivered by Justice Stevens (*at* 120) stated, however, that the success of NCAA's promotion of college games depended on a wide margin of discretion, which contributed to the interpretation by the lower courts in the following cases that the association still held the authority to determine other sensitive variables such as how much each student-athlete should be paid<sup>34</sup>.

But in 2014 the developments of two lawsuits around the interpretation of the last paragraph of the decision in *Board of Regents* and the claim that it was *obiter dictum* offered the grounds for a change into how broadcasting rights but also the rights over name, image and likeness should be shared with student-athletes. First, in *O'Bannon v. NCAA* (2015) the District Court found that the ban on student-athletes being paid while the NCAA profited from the use of their names and images violated the Sherman Act<sup>35</sup>. Those findings were affirmed in part by the Ninth Circuit. Second, a case with a narrower scope – *NCAA v. Alston* (2021) – but equally devastating to the NCAA was filed to demand that colleges be allowed to offer academic

---

<sup>32</sup> SULLIVAN, E. Thomas; HARRISON, Jeffrey L.. Understanding Antitrust and its Economic Implications. Newark, São Francisco and Charlottesville: LexisNexis, 2003.

<sup>33</sup> MAESE, Rick. O'Bannon v. NCAA ruling could set up larger arguments over college sports, experts say. The Washington Post, August 9, 2014. Available on [https://www.washingtonpost.com/sports/colleges/obannon-v-ncaa-ruling-could-set-up-larger-arguments-over-college-sports-experts-say/2014/08/09/5338ae4c-1fe2-11e4-9b6c-12e30cbe86a3\\_story.html?itid=lk\\_inline\\_manual\\_9](https://www.washingtonpost.com/sports/colleges/obannon-v-ncaa-ruling-could-set-up-larger-arguments-over-college-sports-experts-say/2014/08/09/5338ae4c-1fe2-11e4-9b6c-12e30cbe86a3_story.html?itid=lk_inline_manual_9).

<sup>34</sup> MAESE, Rick. O'Bannon v. NCAA ruling could set up larger arguments over college sports, experts say. The Washington Post, August 9, 2014. Available on [https://www.washingtonpost.com/sports/colleges/obannon-v-ncaa-ruling-could-set-up-larger-arguments-over-college-sports-experts-say/2014/08/09/5338ae4c-1fe2-11e4-9b6c-12e30cbe86a3\\_story.html?itid=lk\\_inline\\_manual\\_9](https://www.washingtonpost.com/sports/colleges/obannon-v-ncaa-ruling-could-set-up-larger-arguments-over-college-sports-experts-say/2014/08/09/5338ae4c-1fe2-11e4-9b6c-12e30cbe86a3_story.html?itid=lk_inline_manual_9).

<sup>35</sup> MAESE, Rick. O'Bannon v. NCAA ruling could set up larger arguments over college sports, experts say. The Washington Post, August 9, 2014. Available on [https://www.washingtonpost.com/sports/colleges/obannon-v-ncaa-ruling-could-set-up-larger-arguments-over-college-sports-experts-say/2014/08/09/5338ae4c-1fe2-11e4-9b6c-12e30cbe86a3\\_story.html?itid=lk\\_inline\\_manual\\_9](https://www.washingtonpost.com/sports/colleges/obannon-v-ncaa-ruling-could-set-up-larger-arguments-over-college-sports-experts-say/2014/08/09/5338ae4c-1fe2-11e4-9b6c-12e30cbe86a3_story.html?itid=lk_inline_manual_9).

advantages to Division I football and basketball players, including scholarships to graduate programs, graduate internships, computers and other types of equipment used for educational purposes<sup>36</sup>.

Under the Biden administration, the Department of Justice joined on the side of the student-athletes, perhaps as a show of discontent with the fact that the NCAA, conferences, universities, and coaches were enriched by the work of student-athletes, who received grants that covered costs only. The case gained important proportions that escaped the relationship of justice for student-athletes, also symbolizing how much businessmen and coaches, most of them white, profited at the expense of the work and talent of minority black students, who are usually the main attractions of the most profitable leagues – both the basketball and the American football leagues. While college basketball and football players generated billions in annual revenues for their colleges and universities and some elite members of college coaching groups earned millions of dollars living on the performance of those very disproportionately black poor student-athletes, the student-athletes themselves, including star players, earned about \$40,000 annually, which hardly covered their costs to play<sup>37</sup>.

Numbers can help quantify the outrage. In 2019, 56% of male divisional basketball student-athletes were black and only 23% were white<sup>38</sup>. At the same time, about 70% percent of the coaches were white. In Division I football, 49% of student-athletes were black and 37% were white, while 82% of the coaches were white. Finally, the revenue of sports where black student-athletes predominated also financed other less lucrative sports practiced by predominantly white student-athletes – as is the case of men's tennis

---

<sup>36</sup> MAESE, Rick. O'Bannon v. NCAA ruling could set up larger arguments over college sports, experts say. *The Washington Post*, August 9, 2014. Available on [https://www.washingtonpost.com/sports/colleges/obannon-v-ncaa-ruling-could-set-up-larger-arguments-over-college-sports-experts-say/2014/08/09/5338ae4c-1fe2-11e4-9b6c-12e30cbe86a3\\_story.html?itid=lk\\_inline\\_manual\\_9](https://www.washingtonpost.com/sports/colleges/obannon-v-ncaa-ruling-could-set-up-larger-arguments-over-college-sports-experts-say/2014/08/09/5338ae4c-1fe2-11e4-9b6c-12e30cbe86a3_story.html?itid=lk_inline_manual_9).

<sup>37</sup> VAHEESAN, Sandeep. How antitrust perpetuates structural racism. *The Appeal*, September 16, 2020. Available on <https://theappeal.org/how-antitrust-perpetuates-structural-racism>.

<sup>38</sup> DAVIS, Joshua P.; CRAMER, Eric L.; STREATER, Reginald L.; SUTER, Mark R.. *Antitrust As Antiracism: Antitrust as a Partial Cure for Systemic Racism (and Other Systemic 'ISMS')*. University of San Francisco Law Research Paper n° 2021-01, 30 de março de 2021. Available on <https://ssrn.com/abstract=3816202>.

(48% are white and 12% are black), men's water polo (82% white) and women's rowing (75% white)<sup>39</sup>.

It is worth having in mind that only a small percentage of student-athletes manage to become professionals, either due to the small number of teams and the existence of a single division between professionals, or due to injury or abandonment because of the social conditions to which they are still subject while students: very often, poor athletes and their families still live in crime-ridden neighborhoods.

In the decision delivered in the *Alston* case (2021) and particularly in Justice Kavanaugh's concurring opinion, SCOTUS agreed with the *amicus curiae* filed by the American Black Antitrust Lawyers and affirmed that revenues earned from the games were flowing everywhere except to the student-athletes, most of them poor Afro-Americans. The Court decided, though, that the colleges have a broad margin to decide which benefits associated with the studies will be paid to the student-athletes, which in practice consisted in a hindrance to pay student-athletes what they effectively bring to the revenues that flow to the university.

## 2.8. *'Talkies' and deaf people*

According to Hess, the arrival of talked movies ('talkies') was the result of a series of agreements for the standardization of soundtrack. By the summer of 1928, all major Hollywood studios had some license to operate soundtracks. Between 1927-1929, studios invested four times the market value of the entire motion picture industry in sound conversion alone. Not surprisingly, much of the funding came from JP Morgan and Rockefeller, who controlled General Electric and RCA<sup>40</sup>.

At no point during this process, which lasted from two to three years and involved agreements between competitors with market power,

<sup>39</sup> DAVIS, Joshua P.; CRAMER, Eric L.; STREATER, Reginald L.; SUTER, Mark R.. Antitrust As Antiracism: Antitrust as a Partial Cure for Systemic Racism (and Other Systemic 'ISMS'). University of San Francisco Law Research Paper n° 2021-01, 30 de março de 2021. Available on <https://ssrn.com/abstract=3816202>.

<sup>40</sup> HESS, John P. The history of Sound at the Movies (August 10, 2014). Production: John P. Hess. Publishes by Filmmaker IQ. Available on <https://www.youtube.com/watch?v=Ot5IryUt9SM..>

were people with disabilities consulted about the discontinuation of silent films<sup>41</sup>. Although the motion picture industry has been the subject of numerous antitrust lawsuits by the Department of Justice since the 1910s<sup>42</sup>, no antitrust scrutiny has been taken to ensure that those agreements would not harm people with disabilities.

## 2.9. *Movies distribution and the black community*

The film distribution industry in the United States is not subject to any sector regulator, being free from virtually all anti-discrimination rules. On the other hand, sector information on revenue receives a lot of publicity. The industry was quickly consolidated at the beginning of the twentieth century, when movie companies verticalized production, distribution and exhibition activities<sup>43</sup>.

But from the 1910s until the mid-twentieth century, intense work by the DoJ helped disintegrate the market. The disintegration did not have any anti-discriminatory effect, though, and it did not lead to an increase in roles that could be played by minorities, either – possibly because antitrust measures can only have a positive impact on bias if there are members of minority groups ready to capitalize on market inefficiencies. Absent that, the market structure went through a process of reconsolidation from the end of the 1950s onwards which leapfrogged during the Reagan administration, when verticalization increased steadily<sup>44</sup>.

When the reconsolidation of the market and its re-verticalization happened, films that reported the experience of women or other minorities were still exceptions and faced a small distribution. The lack of interest in distributing movies that assigned lead roles to minorities was justified by

---

<sup>41</sup> REID, Blake Ellis. Copyright and Disability. *California Law Review*, vol. 109, pp. 2173-2225, (2021).

<sup>42</sup> HARVEY, Hosea H.. Race, Markets, and Hollywood's Perpetual Antitrust Dilemma. *Michigan Journal of Race and Law*, vol. 18, pp. 1-61, 2012.

<sup>43</sup> HARVEY, Hosea H.. Race, Markets, and Hollywood's Perpetual Antitrust Dilemma. *Michigan Journal of Race and Law*, vol. 18, pp. 1-61, 2012.

<sup>44</sup> HARVEY, Hosea H.. Race, Markets, and Hollywood's Perpetual Antitrust Dilemma. *Michigan Journal of Race and Law*, vol. 18, pp. 1-61, 2012.



the sunk costs involved in investing in independent productions in a verticalized and foreclosed market, therefore subject to anti-competitive protective measures. In short, the *modus operandi* designed at the inception of the modern Hollywood era created a path dependency that fed back an anti-competitive and racially segregated market<sup>45</sup>.

Although the capillarity of Hollywood film distribution was large from the 1990s on, the mega productions and the large amounts paid to the cast squeezed the profit margin of the major studios which was estimated at just 5%. The risks of the activity, evidenced by the complete inability of the studios to develop a metric to estimate the revenue of the movies were avoided by betting on a one-size-fits-all model, foreclosing the market to the competition and to a non-minority cast. Although independent studios accounted for 54% of the movies made each year in the late 1990s, access to distribution channels was hampered by the bottleneck that existed in the control of these channels and by the dominance of the integrated market by the major studios. In order to reduce the risks of a low box office, films portraying minorities stuck to stereotypes – tying both African American actors and directors to repetitive scripts<sup>46</sup>.

It is only now, ten years after the publication of Harvey's article (2012) and over a hundred years after the movies industry started, that it is possible to identify deep changes in this reality due to the development of streaming platforms. Although maverick technology has been positive to open the market it is important to bear in mind how fragile this movement still is, with the possibility of major setbacks in the market through a simple change in management from Netflix, or its acquisition by a competitor. Hence the relevance of antitrust to ensure, at least, that eventual concentration acts do not bring setbacks. This fear gained a new component in 2022,

---

<sup>45</sup> HARVEY, Hosea H.. Race, Markets, and Hollywood's Perpetual Antitrust Dilemma. Michigan Journal of Race and Law, vol. 18, pp. 1-61, 2012.

<sup>46</sup> HARVEY, Hosea H.. Race, Markets, and Hollywood's Perpetual Antitrust Dilemma. Michigan Journal of Race and Law, vol. 18, pp. 1-61, 2012.

when Netflix registered the first customer churn in a quarterly balance sheet over a decade<sup>47</sup>.

### 2.10. *Local businesses and black communities*

The literature also stresses a contrast between the 1960s, when judges used to decide on behalf of those who lost their jobs and their businesses even when the mergers could lead to lower prices with a new generation educated according to Bork's libertarian vision of antitrust which incorporated the mindset that the common good was defined exclusively by the lowest price to consumers<sup>48</sup>.

After Bork, antitrust would look at large structures and see opportunities rather than potential abuses of power. As the Chicago School focused on the price effect of mergers, the larger the corporation, the greater the latitude to hypothetically cut costs due to its power to force the price down on suppliers and employees and pass the savings on to the consumer. This shift towards tolerance to concentration begun with groceries and other retailers, later expanding to banks and insurance companies, railroads, haulers, airlines – decades later culminating in the emergence of large technology companies ('big techs')<sup>49</sup>.

The effect of this change on the black community was immediate and profound. Their civil rights owed much to black-owned businesses: The money that supported the fight had to come from somewhere; most of the time, it came from local black businesses. Black stores owners financed bus boycotts and walks on segregated beaches. And it was also they who withdrew money from white banks until 'whites only' signs were removed from water fountains and restrooms<sup>50</sup>. In other words, by underestimating the relevance of the non-price effects of mergers and other agreements on the welfare of consumers – minorities in particular -, the Chicago School helped

---

<sup>47</sup> G1 Tecnologia. Netflix registra queda no número de assinantes pela 1ª vez em uma década. G1 Tecnologia, 19 de abril de 2022. Available on <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2022/04/19/netflix-registra-queda-no-numero-de-assinantes-pela-1a-vez-em-uma-decada.ghtml>.

<sup>48</sup> AKHTAR, Ayad. *Homeland Elegies: a novel*. Nova York: Little, Brown and Company, 2020.

<sup>49</sup> AKHTAR, Ayad. *Homeland Elegies: a novel*. Nova York: Little, Brown and Company, 2020.

<sup>50</sup> AKHTAR, Ayad. *Homeland Elegies: a novel*. Nova York: Little, Brown and Company, 2020.

concentrate markets in the hands of the non-minority standard model citizen, making it even harder to sponsor pro-minority rights.

It turns out that the atomization and diversification of the economy had benefits that went beyond the well-being of minorities as consumers and reached the role of supporting local companies in building more inclusive public policies<sup>51</sup>. Because they had the well-being of local communities in mind, these companies sponsored resistance against oppressive practices in America. The concentration of markets and the massification of business is, also in this context, a shameful contribution of the Chicago School to the suppression of civil liberties and to a less democratic society.

### **3. Conclusion: improving the definition of consumer**

Minorities have been second-class users of industry products and services designed for a non-minority core consumer with different needs and perspectives in mind. They have also been underserved by public policies fashioned for the welfare of a non-minority standard model citizen and, in this context, it is also correct to say that public policies – antitrust included – framed to protect or to redress the harm and the abuses against the consumers in general have ultimately offered a selective protection to the non-minority core consumer to whom those products, services and policies have been designed to in the first place.

If products and services are offered having a non-minority standard model citizen in mind, it should be clear at this point that this very citizen also benefits more from protections and subsidies allegedly offered to consumers in general. And as bias influences public policies, it is the minorities, and those with intersectionalities, that become victims. And minorities are victimized twice. First, for being regarded as second-class citizens and consumers alike when it comes the priorities defined by the market and by public policies alike. Second, because minorities pay the same price –

---

<sup>51</sup> AKHTAR, Ayad. *Homeland Elegies: a novel*. Nova York: Little, Brown and Company, 2020.

sometimes even higher prices<sup>52</sup> – to get access to an inferior experience (as compared to the non-minority standard model citizen the products, services and policies have been design to).

Antitrust is contaminated by bias at different instances. First, at the personal level, having in mind that the decisions and the recommendations of staff and authorities cannot be severed from their personal experiences and cultural background<sup>53</sup>. Second, in the way that market decisions and strategies affect, contaminate, and even determine how antitrust authorities and experts see and define who is the citizen who should be protected as a consumer.

Central concepts in antitrust – the ‘relevant market’ included – depend fundamentally on how the players defined their market strategy, core consumers and active sales, branded their products and services or who they target as main competitors. And because those corporate decisions have also been predominantly taken by non-minority citizens, any step taken by antitrust authorities that internalize concepts and decisions taken on the market also internalize the bias that forged those market decisions.

Competition protection authorities and experts are prone to absorb the corporate and political biases that exist in the market strategies and political agendas defined according to the perception of the world of non-minority officers. And they incorporate bias into their analysis in at least two distinct occasions: during case selection (the so-called ‘prioritization’) and in the definition of the relevant market. ‘Case selection bias’ leads to the prioritization of agendas that are not relatively important to minorities<sup>54</sup>, while ‘market definition bias’ leads to the exclusion of relevant impact of operations and behaviors on minorities<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). What’s gender got to do with competition policy? Paris: OECD, March 2018. Available on <<https://oecdonthellevel.com/2018/03/02/whats-gender-got-to-do-with-competition-policy/>>.

<sup>53</sup> AKERLOF, George A.; KRANTON, Rachel E.. Identity economics: how our identities shape our work, wages, and well-being. New Jersey e Oxford: Princeton University Press, 2010.

<sup>54</sup> ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). What’s gender got to do with competition policy? Paris: OECD, March 2018. Available on <<https://oecdonthellevel.com/2018/03/02/whats-gender-got-to-do-with-competition-policy/>>.

<sup>55</sup> AKERLOF, George A.; KRANTON, Rachel E.. Identity economics: how our identities shape our work, wages, and well-being. New Jersey e Oxford: Princeton University Press, 2010.

By screening the merger analysis guidelines coauthored by the FTC and the DoJ, for instance, it is possible to realize that, despite a very technical language and a clear attempt to offer a neutral language, the guidelines show how targeted consumers (p. 12) and the way that industry members define the market both as a product (p. 8) and according to the geographic location of customers (pp. 13, 14, 15) usually are the basis for the definition of the relevant market. In practice, the so-called 4C documents demanded by the FTC for merger screening – also incorporated by its counterparts in other jurisdictions like Brazil’s CADE – are but a declaration of corporate motivations and business plans.

In the European Commission, the Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law of 1997 is even more assertive when it comes to the influence of business decisions on the definition of the relevant market. The first evidence to define markets in product dimension are the “product characteristics and intended use” (par. 36). It also mentions the use of the views of “the main [core] customers” (par. 40) and consumer preferences (41), recurring to “market studies that companies have commissioned in the past and are used by companies in their own decision-making”. And because the definition of the consumer is biased, the determination of the geographic market according to the views of customers (par. 47) and their pattern of purchase (par. 48) is also affected by bias.

A more refined economic literature can help explain why, even though offenses to minorities should be so obvious, we still choose to shield non-minority consumers and leave the minorities, especially those with intersectionalities, unprotected: according to Thaler and Sunstein<sup>56</sup>, imperfect information leads to pluralistic ignorance and to the normalization of bias. This means that, when almost everything that is written and almost the entire community of experts and respected professionals stand on the one side, divergent opinions tend to remain unspoken for the fear of being silenced, misinterpreted, or ridiculed.

---

<sup>56</sup> THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R.. *Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

To fix or attenuate bias, we propose that antitrust analyses disaggregate the citizens according to their different perceptions as consumers. We understand that disaggregation will increase access to goods and services by potential minority consumers because disaggregation is pro-competitive<sup>57</sup>. The disaggregation only means that when identifying the problem, creating screening protocols or designing solutions, every statistically relevant group of consumers should count.

The change we propose is consistent with both a more social orientation of antitrust that is concerned with the welfare of minorities and with a universal but possibly more conservative concern with a correct application of the definition of consumer and its implications, including on the protection of all the consumers as Bork himself believed in. It was Bork (1993) who said that consumer welfare is maximized when economic resources are allocated in such a way that consumers can satisfy their wants as far as technological constraints allow. Although he explicitly mentioned that antitrust had an innate preference for material prosperity, but nothing to say about the ways in which prosperity is distributed, or used, he was very emphatic in defending that consumer welfare, as the term was used in antitrust, should allow consumers, by defining their desired goals, to also define what they considered wealth.

If, in Western capitalist democracies, every person has the right to consume and be treated as a consumer, the law should also protect consumer preferences that are statistically relevant to safeguard a healthy and democratic economic environment. As mentioned before in this article, only disaggregation avoids that consumer be treated as a uniform, aggregated mass of interests, ignoring nuances of perceptions that can be particularly relevant to the socioeconomic segregation of minorities – an effect we called ‘aggregated segregation’.

Because the disaggregation of consumers can show either that mergers or behaviors once vetoed would have been important for a statistically relevant minority and should have been cleared, or that a mergers or

---

<sup>57</sup> MIAZAD, Amelia. Prosocial antitrust. *Hastings Law Journal*, Califórnia, no prelo. Available on <https://ssrn.com/abstract=3802194>.

behaviors once cleared should have been vetoed, disaggregation does not take any side *a priori*. We expect, though, that once markets are reorganized to diversify the customers they satisfy, disaggregation will trigger a process of de-concentration and even atomization. If we are right and antitrust policies shift towards de-concentration, we should also expect that merger guidelines be revisited to lower the thresholds beyond which mergers would be regarded as anti-competitive.

An antitrust policy that revisits the narrow definition of consumer and disaggregates consumers according to differences in their set of preferences is inclusive by design and follows John Rawls' second principle of justice<sup>58</sup>, insofar as social and economic inequalities resulting from today's definition of consumer could only exist if they benefitted the least advantaged. That said, we believe that there are five ultimate consequences of our theory.

*First*, mergers that involve dominant firms – whether such mergers substantially increase or not their dominance -- can only be approved if as a result they improve the rights of the involved minorities and at the same time they are the least restrictive way to achieve their goals. *Second*, anti-competitive behaviors that are harmful to minorities shall lead to fines or imprisonment, which can only be prevented by means of agreements that make such minorities better-off. *Third*, past mergers and anti-competitive behaviors with large impact on minorities should be reviewed by antitrust authorities using a disaggregate analysis of the consumer. *Fourth*, because cutting edge algorithmic technology has been proved to be biased, the greenfield markets (antitrust immunity or) golden rule should be reversed. *Fifth*, competition authorities must be open to hire a more diverse technical body, to create a multidisciplinary division responsible for qualitative and quantitative analyses of the impact of mergers and anti-competitive practices on the minorities and to create a permanent dialogue with associations representing minorities.

---

<sup>58</sup> RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

Not enough, we can start with a more subtle change. By incorporating consumer councils into antitrust agencies<sup>59</sup>, Congress or the Executive branch can provide minorities associations with facilitated access to cases and authorities as well as with the power to track and overlook cases, file opinions, and propose priorities.

## References

AKERLOF, George A.; KRANTON, Rachel E.. Identity economics: how our identities shape our work, wages, and well-being. New Jersey e Oxford: Princeton University Press, 2010.

AKHTAR, Ayad. Homeland Elegies: a novel. Nova York: Little, Brown and Company, 2020.

BATISTA, Daniel; VITOR, Raul. Mulheres assumem o comando do futebol feminino no Brasil, 1º de outubro de 2020. Available on <https://www.estadao.com.br/infograficos/esportes,mulheres-assumem-o-comando-do-futebol-feminino-no-brasil,1124127>.

BECKER, Kalinca Léia; MENDONÇA, Mário Jorge. Avaliação de impacto do Prouni sobre a *performance* acadêmica dos estudantes. Texto para discussão/Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília e Rio de Janeiro: Ipea, 2019.

BERTA, Ruben. Mudança polêmica em preservativos erou ganho de R\$ 96 milhões para Precisa. UOL, Política, July 24, 2021. Available on <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2021/07/24/mudanca-polemica-em-preservativos-gerou-ganhos-milionarios-para-a-precisa.htm>.

---

<sup>59</sup> CARVALHO, Vinicius Marques de. 2022. Defesa da Concorrência: da crítica aos fundamentos teóricos à implementação como política pública no Brasil. Post-doctoral thesis (Commercial Law) – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2022.



BLAIR, Peter; CHUNG, Bobby (June 2018 version). Job Market Signaling through Occupational Licensing. Working Papers 2017-50R. Chicago, Illinois: Human Capital and Economic Opportunity Working Paper Series, June 2017, reviewed on June 2018. Available on [http://humcap.uchicago.edu/RePEc/hka/wpaper/Blair\\_Chung\\_2017\\_licensing\\_gender\\_racial\\_wage\\_gaps\\_r2.pdf](http://humcap.uchicago.edu/RePEc/hka/wpaper/Blair_Chung_2017_licensing_gender_racial_wage_gaps_r2.pdf).

BRAZIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico (Ministério da Fazenda). Avaliação do Fundo de Financiamento Estudantil – Fies. Brasília: Brazil's Ministry of Finance, January 2018. Available on [https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/cmap/publicacoes/subsidios-da-uniao/avaliacao-tcu/avaliacao\\_fies\\_jan2018\\_coef.pdf](https://www.gov.br/economia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/cmap/publicacoes/subsidios-da-uniao/avaliacao-tcu/avaliacao_fies_jan2018_coef.pdf).

BRAZIL. Superior Labor Court (Third Panel). Docket nº TST-RR-100353-02.2017.5.01.0066. Alias do Nascimento Santos v Uber do Brasil Tecnologia Ltda.. Justice Mauricio Godinho Delgado delivered the majority opinion. Pending trial, despite the existence of a majority.

BRUHNS, Heloisa T. Futebol, Carnaval e Capoeira: Entre as gingas do corpo brasileiro. Campinas: Papirus, 2000.

CARVALHO, Vinicius Marques de. 2022. Defesa da Concorrência: da crítica aos fundamentos teóricos à implementação como política pública no Brasil. Post-doctoral thesis (Commercial Law) – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2022.

CELIO, Amanda. Por que a estrutura do futebol feminino ainda é ocupada por homens no Brasil, 5 de julho de 2019. Available on <https://www.hypeness.com.br/2019/07/por-que-a-estrutura-do-futebol-feminino-ainda-e-ocupada-por-homens-no-brasil/>.

DAVIS, Joshua P.; CRAMER, Eric L.; STREATER, Reginald L.; SUTER, Mark R.. Antitrust As Antiracism: Antitrust as a Partial Cure for Systemic Racism (and Other Systemic 'ISMS'). University of San Francisco Law Research Paper nº 2021-01, 30 de março de 2021. Available on <https://ssrn.com/abstract=3816202>.

FTC Proposes Rule to Ban Noncompete Clauses, Which Hurt Workers and Harm Competition | Federal Trade Commission. Available on <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/01/ftc-proposes-rule-ban-noncompete-clauses-which-hurt-workers-harm-competition>.

G1 Tecnologia. Netflix registra queda no número de assinantes pela 1ª vez em uma década. G1 Tecnologia, 19 de abril de 2022. Available on <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2022/04/19/netflix-registra-queda-no-numero-de-assinantes-pela-1a-vez-em-uma-decada.ghtml>.

HARVEY, Hosea H.. Race, Markets, and Hollywood's Perpetual Antitrust Dilemma. Michigan Journal of Race and Law, vol. 18, pp. 1-61, 2012.

HESS, John P. The history of Sound at the Movies (August 10, 2014). Production: John P. Hess. Publishes by Filmmaker IQ. Available on <https://www.youtube.com/watch?v=Ot5IryUt9SM>.

KESTELMAN, Amanda; BARLEM, Cintia; TARRISSE, Ana. A história do futebol feminino no Brasil, 2019. Available on <https://interativos.globoesporte.globo.com/futebol/selecao-brasileira/especial/historia-do-futebol-feminino>.

LEE, Dave. Uber and Lyft in driving seat to remake US labour laws. Financial Times, November 5, 2020. Available on <https://www.ft.com/content/78e619f4-fabe-4077-a51a-491e24492263>.

LOBEL, Orly. Gentlemen prefer bonds: how employers fix the talent market. Santa Clara Law Review, v. 59, pp. 663-700, 2020.

MAESE, Rick. O'Bannon v. NCAA ruling could set up larger arguments over college sports, experts say. The Washington Post, August 9, 2014. Available on [https://www.washingtonpost.com/sports/colleges/obannon-v-ncaa-ruling-could-set-up-larger-arguments-over-college-sports-experts-say/2014/08/09/5338ae4c-1fe2-11e4-9b6c-12e30cbe86a3\\_story.html?itid=lk\\_inline\\_manual\\_9](https://www.washingtonpost.com/sports/colleges/obannon-v-ncaa-ruling-could-set-up-larger-arguments-over-college-sports-experts-say/2014/08/09/5338ae4c-1fe2-11e4-9b6c-12e30cbe86a3_story.html?itid=lk_inline_manual_9).

MIAZAD, Amelia. Prosocial antitruste. *Hastings Law Journal*, Califórnia, no prelo. Available on <https://ssrn.com/abstract=3802194>.

NAGEL, Thomas. Como é ser um morcego?. *Revista da Abordagem Gestáltica: Phenomenological Studies*, v.19, n. 1, pp. 109-115, 2013 (originally published in 1974).

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). What's gender got to do with competition policy? Paris: OECD, March 2018. Available on <https://oecdonthellevel.com/2018/03/02/whats-gender-got-to-do-with-competition-policy/>.

PAGE, Scott E.. *The Difference: How the Power of Diversity Creates Better Groups, Firms, Schools, and Societies*. Prince University Press, 2007.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REID, Blake Ellis. Copyright and Disability. *California Law Review*, vol. 109, pp. 2173-2225, (2021).

RÍMOLI, Comes. Empoderamento. Mulheres se livram das estrelas masculinas a seleção: demonstrando dignidade, a seleção feminina do Brasil abdica de vez das cinco estrelas no distintivo. Elas foram conquistadas pelos homens, November 27, 2020. Available on <https://esportes.r7.com/prisma/cosme-rimoli/empoderamento-mulheres-se-livram-das-estrelas-masculinas-na-selecao-27112020>.

ROBERTSON, Elbert L.. Antitrust as Anti-Civil Rights? Reflections on Judge Higginbotham's Perspective on the "Strange" Case of *United States v. Brown University*. *Yale Law & Policy Review*, v. 20, 2002. Available on <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylpr/vol20/iss2/11>.

SHAPIRO, Carl. Protecting Competition in the American Economy: Merger Control, Tech Titans, Labor Markets. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 33, n. 3, pp. 69-93, Summer 2019.

Statement of Commissioners Slaughter and Bedoya on the Notice of Proposed Rulemaking on NonCompete Clauses (ftc.gov). Available on [https://www.ftc.gov/system/files/ftc\\_gov/pdf/statement-of-commissioners-slaughter-and-bedoya-on-proposed-rulemaking-noncompete.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/statement-of-commissioners-slaughter-and-bedoya-on-proposed-rulemaking-noncompete.pdf).

SULLIVAN, E. Thomas; HARRISON, Jeffrey L.. Understanding Antitrust and its Economic Implications. Newark, São Francisco and Charlottesville: LexisNexis, 2003.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R.. Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

VAHEESAN, Sandeep. Accommodating Capital and Policing Labor: Antitrust in the Two Gilded Ages. *Maryland Law Review*, v. 78, pp. 766-827, 2019.

VAHEESAN, Sandeep. How antitrust perpetuates structural racism. *The Appeal*, September 16, 2020. Available on <https://theappeal.org/how-antitrust-perpetuates-structural-racism>.

VELIJA, Philippa; RATNA, Aarti; FLINTOFF, Anne. Exclusionary power in sports organisations: The merger between the Women's Cricket Association and the England and Wales Cricket Board. *International Review for the Sociology of Sport*, v. 49, n. 2, pp. 211-226, 2014.

VITORIO, Tamires. Ter motoristas CLT no Brasil tiraria US\$ 10 bi em valor de mercado da Uber. *CNN Brasil Business*, March 5, 2021. Available on <https://www.cnnbrasil.com.br/business/2021/03/05/ter-motoristas-clt-no-brasil-tiraria-us-10-bi-em-valor-de-mercado-da-uber>.

## A ATUAÇÃO DO CADE DEVE SER INFLACIONADA? UMA ANÁLISE SOBRE EM QUE MEDIDA A INFLAÇÃO FOI, É E DEVE SER CONSIDERADA NA ANÁLISE CONCORRENCIAL

*Should cade's interference be inflationary?  
An analysis of the impact of inflation on antitrust analysis*

*Alessandro Pezzolo Giacaglia<sup>1</sup>  
Beatriz Kenchian<sup>2</sup>  
Catarina Lobo Cordão<sup>3</sup>*

**Resumo:** Vivenciamos um período de inflação acentuada, que deve perdurar. Além de elevar preços, a inflação pode aumentar a desigualdade econômica, reduzir os investimentos em inovação e, conseqüentemente, prejudicar o consumidor e a vida social. Fato é que a macroeconomia e a concorrência estão intrinsecamente ligadas. Diante desse cenário, é importante delimitar se cabe à autoridade antitruste resolver falhas de mercado em razão do fenômeno macroeconômico da inflação e se a inflação deveria ser considerada na análise microeconômica da autoridade concorrencial, tanto em controle de estruturas quanto de condutas. No âmbito do controle de estruturas, chegou-se ao resultado que o crescimento da inflação pode elevar a concentração econômica. Isto é, em períodos em que os índices de inflação são mais altos, um maior número de Atos de Concentração foi aprovado pelo CADE. Ademais, empiricamente se constatou que condutas anticompetitivas podem ser um estímulo à inflação e vice-versa. Examinou-se a jurisprudência do

---

<sup>1</sup> Alessandro Pezzolo Giacaglia, especialista em Direito Concorrencial, com quinze anos de prática, mestre em direito pela Universidade de Chicago, pós-graduado pelo Insper – Instituto de Ensino e Pesquisa e pela FIA – Fundação Instituto de Administração. Advogado registrado no estado de New York, Estados Unidos e em São Paulo Brasil. Atuante em diversas iniciativas do IBRAC.

<sup>2</sup> Beatriz Kenchian, advogada especialista em Direito Concorrencial do escritório Stocche Forbes Advogados, bacharel em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) com diploma de dupla graduação em direito francês pela Universidade Lumière Lyon 2. Gerente do programa WIA Mentoria da Associação *Women in Antitrust*.

<sup>3</sup> Catarina Lobo Cordão, advogada especialista em Direito Concorrencial em Pinheiro Neto Advogados, bacharel em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), pós-graduanda em Direito Concorrencial pelo King's College London. Co-fundadora do comitê IBRAC Jr. e da Associação Norte e Nordeste de Direito Econômico (ANNDE).

CADE em Atos de Concentração e investigações de condutas anticompetitivas. Ao final, concluiu-se que a inflação deve ser considerada na análise antitruste, propondo-se um aprofundamento das discussões sobre o tema.

**Palavras-chave:** Direito Antitruste; Inflação; Macroeconomia; Concentração Econômica; Condutas Anticompetitivas; Política Concorrencial.

**Abstract:** We are currently experiencing a period of accentuated inflation that is expected to persist, which aside from price hikes, can lead to economic disparity, reduced investments in innovation and, consequently, harm the consumer and the social life. Given how macroeconomics and competition are intrinsically linked, it is crucial to delineate whether it is competence of antitrust authorities to solve market failures resulting from inflation and if inflation should be factored into the antitrust microeconomics analysis of both structure and conduct control. Our analysis indicates that the growth of inflation can raise economic concentration. That is, in periods in which the inflation rates are higher, a greater number of merger filings was approved by CADE. Additionally, we found empirical evidence that anticompetitive practices can be a trigger to inflation and vice versa. We analyzed CADE's case law in merger filings and conduct investigations. We conclude that inflation should be considered in the antitrust analysis and suggest that the impact of inflation be further explored in antitrust analysis.

**Keywords:** Antitrust Law; Inflation; Macroeconomics; Economic Concentration; Anticompetitive conducts; Antitrust policy.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A inflação como questão da ordem econômica 3. A inflação na análise de estruturas. 3.1 A relação entre inflação e o número de Atos de Concentração. 3.2 A jurisprudência do CADE sobre inflação em Atos de Concentração. 4. A inflação na análise de condutas. 4.1 A relação entre condutas anticompetitivas e níveis de inflação. 4.2 A jurisprudência do CADE sobre inflação em práticas anticompetitivas. 5. Conclusão: o CADE deveria combater a inflação?

## 1. Introdução

A inflação tem sido um dos principais fatores da chamada “crise do custo de vida”.<sup>4</sup> O *Consumer Price Index* da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”) indicou que os preços aumentaram 8,8% em doze meses, até março de 2022, sendo o mais

---

<sup>4</sup> MOLINA, George Gray; MONTOYA-AGUIRRE, María; ORTIZ-JUAREZ, Eduardo. Addressing the cost-of-living crisis in developing countries: Poverty and vulnerability projections and policy responses. United Nations High-Level Political Forum on Sustainable Development (HLPF), 2022, p. 2.

alto incremento desde outubro de 1988.<sup>5</sup> No entanto, a inflação não atingiu o seu pico. O Banco da Inglaterra prevê que a inflação chegará a 10% no final de 2022.<sup>6</sup> Desdobramentos semelhantes podem ser vistos em todo o mundo. De acordo com o Índice Nacional de Preços ao Consumidor (“IPCA”), preparado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (“IBGE”), a inflação atingiu 10,07% em doze meses, até julho de 2022.<sup>7</sup> Além de elevar preços, a inflação pode aumentar a desigualdade econômica, reduzir os investimentos em inovação e, conseqüentemente, prejudicar o consumidor e a bem-estar social.<sup>8</sup>

Diante desse cenário, questiona-se: deveria a inflação ser considerada na análise microeconômica da autoridade concorrencial, tanto em controle de estruturas quanto em controle de condutas? A resposta não é óbvia. Ao mesmo tempo em que a concorrência é premissa para uma análise macroeconômica mais precisa, ela também é determinada por suas variáveis, como a inflação. Embora a relação entre a macroeconomia e a concorrência seja inegável, a análise antitruste é primordialmente uma análise microeconômica, de organização industrial, enquanto a inflação é um fenômeno macroeconômico.

Esse questionamento é ainda mais relevante no contexto em que o mundo reavalia os contornos do direito concorrencial. Será o controle da inflação um dos novos objetivos do direito concorrencial? Se a resposta for positiva, a política antitruste ganha uma importante dimensão

---

<sup>5</sup> Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Consumer Price Index, 2022. Disponível em: <https://www.oecd.org/newsroom/consumer-prices-oecd-updated-4-may-2022.htm>. Acesso em 6 de setembro de 2022.

<sup>6</sup> Bank of England. Monetary Policy Report – May 2022, 2022. Disponível em: <https://www.bankofengland.co.uk/monetary-policy-report/2022/may-2022>. Acesso em 6 de setembro de 2022.

<sup>7</sup> Para consulta, vide: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/precos-e-custos/9256-indice-nacional-de-precos-ao-consumidor-amplo.html?=&t=destaques>. Acesso em 6 de setembro de 2022.

<sup>8</sup> Para referência, vide BERNANKE, Ben S.; LAUBACH, Thomas; MISHKIN, Frederic S.; POSEN, Adam S. Inflation Targeting: Lessons from the International Experience. Princeton: Princeton University Press, 2001, p.8 e NUSDEO, Fábio. Curso de Economia, Introdução ao Direito Econômico. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 314-315.

social, capaz de criar uma distribuição mais justa de oportunidades, mantendo os preços estáveis e fazendo com que os mercados funcionem para as pessoas, e não o contrário.

## 2. A inflação como questão da ordem econômica

A inflação pode ser definida como o resultado da relação demanda e oferta agregada, dependente da quantidade da moeda disponível, das despesas e impostos a que os diversos agentes econômicos estão sujeitos.<sup>9</sup> A inflação ocorre quando a demanda agregada excede a oferta, resultando numa variação de preços.<sup>10</sup> O Fundo Monetário Internacional define inflação como a taxa de aumento dos preços em um determinado período, podendo ser um aumento geral dos preços ou do custo de vida em um país.<sup>11</sup> O Banco Central do Brasil conceitua como um aumento dos preços de bens e serviços que implicam na diminuição do poder de compra da moeda.<sup>12</sup> O Supremo Tribunal Federal estabelece o fenômeno inflacionário como a variação de preços na economia, que pode ser aferida em momentos posteriores.<sup>13</sup>

Atos que reforçam o poder de mercado, poderiam, em tese, impactar tal desbalanceamento, de maneira a agravar ou suavizar os efeitos inflacionários. No cenário atual, um forte aumento nos lucros e na concentração colocou a política da concorrência novamente em foco quando

---

<sup>9</sup> SAMUELSON, Paul A.; SOLOW, Robert M. Analytical Aspects of Anti-Inflation Policy. *The American Economic Review*, v. 50, n. 2, pp. 180-181, 1960.

<sup>10</sup> BLANCHARD, Olivier. *Macroeconomia*. 4ª edição. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007, p. 134.

<sup>11</sup> Fundo Monetário Internacional (FMI). *Inflation: Prices on the Rise*. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/basics/30-inflation.htm>. Acesso em 6 de setembro de 2022.

<sup>12</sup> Banco Central do Brasil. *O que é inflação*. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/oqueinflacao>. Acesso em 6 de setembro de 2022.

<sup>13</sup> Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 870947-SE*. Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 10 de dezembro de 2015.



se trata de indicadores macroeconômicos, como salários e produtividade.<sup>14</sup> Assim, o aumento de poder de mercado das empresas teria um impacto macroeconômico relevante, com implicações substantivas nos índices de emprego e nos salários. Nesse contexto, a política antitruste seria essencial para limitar práticas abusivas de mercado e a inflação. Ensinava o Professor Calixto Salomão:

Os monopólios, que têm, (...), capacidade de influenciar os preços do mercado, tendem a fazer esses preços subirem (ao invés de caírem). Assim, monopólios e oligopólios são mais resistentes a medidas governamentais recessivas objetivando reduzir a inflação para se protegerem contra a perda de receita decorrente dos custos crescentes. Têm, portanto, importante influência na ocorrência da chamada “estagflação (estagnação ou mesmo recessão econômica acompanhada de inflação).<sup>15</sup>

Poderia a autoridade considerar os efeitos inflacionários em suas políticas antitruste? Há entendimentos divergentes para responder essa pergunta.

Muito embora seja possível identificar uma forte relação entre inflação e concentração, De Loecker explica que a concentração do mercado nem sempre se traduz imediatamente em inflação.<sup>16</sup> A margem de lucro ou *mark-up* é uma relação entre um preço e um custo, sendo que o aumento do poder de mercado e do lucro pode acontecer sem um acréscimo de preço. Para este posicionamento, políticas antitruste excessiva-

---

<sup>14</sup> DE LOECKER, Jan; EECKHOUT, Jan; UNGER, Gabriel. The Rise of Market Power and the Macroeconomic Implications. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 135, n. 2, pp. 561-644, 2020.

<sup>15</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Estruturas*. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 55.

<sup>16</sup> DE LOECKER, Jan; EECKHOUT, Jan; UNGER, Gabriel. The Rise of Market Power and the Macroeconomic Implications. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 135, n. 2, pp. 561-644, 2020.

mente zelosas que visem desconcentrar o poder econômico poderiam piorar a inflação.<sup>17</sup> Isso porque, grandes empresas possuem maior poder de escala, o que lhes permite cobrar preços mais baixos.

Por outro lado, a inflação, como desbalanceamento da demanda e da oferta agregada, possui, de alguma forma, relação com os efeitos das medidas preventivas e repressivas das autoridades concorrenciais. Em mercados concentrados, há uma redução da oferta, com aumento de preços, permitindo que os monopolistas ou detentores de poder de mercado possam oferecer preços lucrativos acima do custo marginal.<sup>18</sup> Assim, os consumidores e toda a sociedade são prejudicados em perda monetária de bem-estar por sofrerem um peso-morto.<sup>1920</sup>

De todo modo, a existência de um ambiente competitivo é primordial para que os resultados analisados por meio da macroeconomia clássica surtam efeitos a longo prazo.<sup>21</sup> Os modelos macroeconômicos são mais precisos se considerarmos o cenário de concorrência. Isso porque, a análise é feita a partir dos indicadores agregados de diversos fatores, como mercado de trabalho, produto interno bruto e inflação. Esses fatores são medidos em cenários em que existe uma economia concor-

---

<sup>17</sup> MERCADO, Andrew; MILLER, Tracy C. Here's Why We Can't Control Inflation with Antitrust Enforcement. National Review, 2022. Disponível em: <https://www.nationalreview.com/2022/07/heres-why-we-cant-control-inflation-with-antitrust-enforcement/>. Acesso em 6 de setembro de 2022.

<sup>18</sup>CARLTON, Dennis W.; PERLOFF, Jeffrey M. Modern Industrial Organization. 4ª edição. Harlow: Pearson Education, 2016, p. 143.

<sup>19</sup> HJELMFELT, David C.; STROTHER JR. Antitrust Damages for Consumer Welfare Loss. Cleveland State Law Review, v. 39, n. 4, pp. 505-520, 1991.

<sup>20</sup> Nesse sentido, vide o gráfico elaborado por GELLHORN, Ernest; KOVACIC, William E.; CALKINS, Stephen. Antitrust Law and Economics in a Nutshell. 5ª edição. St. Paul: Thomson West, 2004, p. 81.

<sup>21</sup> DA SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira. Concorrência e desenvolvimento: a *competition advocacy* no Brasil e sua contribuição para o fortalecimento das instituições democráticas. Mestrado (Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto, 2017.

rencial, com variedade de produtos, preços competitivos, níveis de produção e emprego elevados e recursos utilizados de forma eficiente.<sup>22</sup> Do contrário, a análise macroeconômica pode gerar resultados distorcidos.

Havendo monopólios, é difícil prever o efeito de políticas de controle de inflação, porque o agente do mercado tende a ter um comportamento autônomo e uma capacidade de influenciar o mercado conforme seus interesses.<sup>23</sup> Assim, a aplicação de políticas macroeconômicas não atinge seu alcance máximo, dado que são obstruídas pelos interesses econômicos do monopolista. Este tem a possibilidade de abusar de seu poder de mercado para aumentar o preço e atingir níveis de lucro de forma autônoma, independentemente das macropolíticas aplicadas.

No mesmo sentido, o estudo “Factsheet on how competition policy affects macro-economic outcomes”, da OCDE, traz evidências empíricas de que a promoção da concorrência influencia diretamente nos resultados macroeconômicos, como o nível de emprego, o movimento de inovação, a redução de preços e, principalmente, o crescimento econômico.<sup>24</sup>

Assim, a economia competitiva é fundamental para a análise dos efeitos e aplicação das ferramentas macroeconômicas. Os efeitos das políticas macroeconômicas que objetivam reduzir a inflação encontram resistência em mercados não competitivos, embora elas surtam resultados por conta da heterogeneidade dos mercados. Contrariamente, um ambiente competitivo é receptivo a implementação de políticas macroeconômicas, na medida em que os agentes funcionam como freios entre si.

---

<sup>22</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Departamento de Estudos Econômicos. Documento de Trabalho n° 001/14: Indicadores de Concorrência, 2014.

<sup>23</sup> CASAGRANDE, Paulo Leonardo; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 30.

<sup>24</sup> Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Factsheet on how competition policy affects macro-economic outcomes, 2014.

Logo, a macroeconomia e a concorrência estão intrinsecamente ligadas e as políticas macroeconômicas e de defesa da concorrência devem caminhar juntas. Questiona-se, portanto: deve a autoridade antitruste endereçar os danos dos choques inflacionários?

As manifestações do presidente Joe Biden indicam que a política concorrencial poderia ser uma ferramenta para combater a inflação.<sup>25</sup> Tais declarações provocaram um debate nos EUA se essa seria a ferramenta adequada para ajudar a combater o recente aumento nos preços ao consumidor decorrentes da inflação.<sup>26</sup> Em janeiro de 2022, Lina Khan, chefe da Comissão Federal de Comércio, afirmou que “um ambiente inflacionário pode dar cobertura a empresas com poder de mercado ou poder de monopólio para explorar esse poder”.<sup>27</sup>

Por sua vez, a Comissão Europeia parece ser mais cética, na medida em que entende que o direito concorrencial não é uma ferramenta típica no combate à inflação, mas poderia ser utilizada para investigar casos em que o aumento de preço seja causado por práticas anticompetitivas. Margrethe Vestager manifestou recentemente que as políticas antitruste nunca assumiram uma posição social tão importante, tendo em vista os efeitos negativos da inflação, que impactou a qualidade de vida de milhões de europeus.<sup>28</sup>

---

<sup>25</sup> Por exemplo, vide: RAPPEPORT, Alan; TANKERSLEY, Jim. As Prices Rise, Biden Turns to Antitrust Enforcers. *New York Times*, 2021. Disponível em: <https://www.ny-times.com/2021/12/25/business/biden-inflation.html> e ESTADOS UNIDOS, The White House. The Biden-Harris Inflation Plan: Lowering Costs and Lowering the Deficit, 2022. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/05/10/the-biden-harris-inflation-plan-lowering-costs-and-lowering-the-deficit/>. Acesso em 6 de setembro de 2022.

<sup>26</sup> SUDERMAN, Peter. Biden Says Fighting Inflation Is His Top Economic Priority. His Antitrust Policy Would Make Inflation Worse. *Reason*, 2022. Disponível em: <https://reason.com/2022/06/01/biden-says-fighting-inflation-is-his-top-economic-priority-his-antitrust-policy-would-make-inflation-worse/>. Acesso em 6 de setembro de 2022.

<sup>27</sup> Vide: CNBC TELEVISION. FTC Chair Lina Khan answers question on antitrust regulation and data privacy. *Youtube*, 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=95KUz5mJu8>. Acesso em 6 de setembro de 2022.

<sup>28</sup> Comissão Europeia. Speech by Executive Vice-President Vestager for the Schumpeter Award Acceptance: "Creative Renewal: defending competition in the face of disruption", 2022. Disponível em: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH\\_22\\_3215](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_22_3215). Acesso em 6 de setembro de 2022.

### 3. A inflação na análise de estruturas

Como apresentado acima, em um cenário de inflação, concentrações podem agravar o fenômeno inflacionário, mas, ao mesmo tempo, são instrumentos utilizados pelas empresas para superar os desafios decorrentes da inflação. É uma premissa básica de economia que uma maior competição tende a reduzir preços e, conseqüentemente, exerce uma pressão descendente sobre a taxa de inflação. Do lado inverso, o aumento da inflação pode aumentar a concentração. Assim, seria a inflação um fator na tomada de decisão do CADE em atos de concentração?

Se a resposta para tal pergunta for positiva, o aumento da inflação determinaria uma atuação mais rigorosa da autoridade, principalmente na comparação com os efeitos do artigo 88, § 6º,<sup>29</sup> da Lei nº 12.529/2011,<sup>30</sup> ou permitiria uma atuação mais leniente para garantir a sobrevivência das empresas?<sup>31</sup>

De um lado, as concentrações podem “diminuir o grau de competição no mercado, por atribuir poder econômico à empresa.” De outro lado, a concentração é “capaz de gerar eficiência e trazer inovação e desenvolvimento”, ou até mesmo garantir a perenidade da empresa.<sup>32</sup> A

<sup>29</sup> Art. 88. (...) § 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I - cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

<sup>30</sup> Vide, por exemplo, item 3 do Guia CADE de Análise de Atos de Concentração. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia Análise de Atos de Concentração Horizontal, 2016.

<sup>31</sup> “O caso sob análise, todavia, merece a aprovação deste Conselho, pois se enquadra na teoria da *“failing company”*. Diante de uma situação em que uma empresa está falida ou reconhecidamente insolvente, permite-se que outra empresa adquira os ativos mesmo que se tenha como resultado uma expressiva concentração. Desse modo, por meio da alegação da *“failing company defense”*, faz-se possível, sob uma análise de ponderação, admitir-se uma operação que, à primeira vista, não seria admissível dentro padrões normais que guiam as análises de concentrações”. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.014340/2007-75. Requerentes: Votorantim Metais Zinco S.A. e Massa Falida de Mineração Areense S.A. Parecer da Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE nº 8/2008 (fl 137 – SEI 0123298).

<sup>32</sup> FORGIONI, Paula. Os Fundamentos do Antitruste. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 411-412.

Lei nº 12.529/2011 abarca essas situações ao determinar que atos de concentração poderão ser aprovados mesmo que eliminem a concorrência em parte substancial do mercado relevante, criem ou reforcem uma posição dominante ou resultem em dominação de mercado relevante de bens ou serviços, desde que os consumidores sejam beneficiados com aumento da produtividade ou competitividade, com melhoria da qualidade de bens ou serviços, ou com a melhor eficiência e o desenvolvimento tecnológico (artigo 88, § 5º e 6º). Ou seja, fatores além de preço final ao consumidor podem justificar que a autoridade concorrencial aprove um Ato de Concentração.<sup>33</sup>

### *3.1. A relação entre inflação e o número de Atos de Concentração*

Diante da intersecção entre concentrações e inflação, testa-se se haveria uma relação entre os índices de inflação e a quantidade de operações aprovadas pelo CADE. Conforme detalhado a seguir, é possível identificar uma correlação clara entre os dois fatores.

Para realizar esta análise, foram sobrepostos os dados referentes à inflação e aos Atos de Concentração aprovados pelo CADE,<sup>34</sup> nos últimos cinco anos até agosto de 2022.

Foi utilizado o IPCA, que tem por objetivo medir a inflação de um conjunto de produtos e serviços comercializados no varejo, referentes ao consumo pessoal das famílias.<sup>35</sup> Ele é medido a partir da variação de preços de uma cesta de produtos e serviços consumida pela população e o resultado mostra se os preços aumentaram ou diminuíram num período.

---

<sup>33</sup> Nesse sentido, vide artigo 88, da Lei nº 12.529/2011 e Resolução CADE nº 33/2022.

<sup>34</sup> Optou-se por selecionar os casos julgados pelo CADE no período, pois as operações somente podem ser consumadas após a aprovação concorrencial, nos termos da Lei nº 12.529/2011, momento em que a união das empresas pode gerar algum resultado no mercado e, consequentemente, na inflação.

<sup>35</sup> Nesse sentido, vide: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Inflação. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/inflacao.php>. Acesso em 6 de setembro de 2022.

Em relação às operações, utilizou-se o número de Atos de Concentração aprovados nos últimos cinco anos. Tais dados foram extraídos dos Anuários do CADE que é uma publicação, em formato de revista eletrônica, que reflete a atuação da autoridade no ano.<sup>36</sup>

Nota-se que Atos de Concentração são operações envolvendo grupos econômicos de grande porte, uma vez que a Lei nº 12.529/2011 determina a notificação obrigatória de grupos econômicos que tenham tido faturamento de pelo menos R\$ 75 milhões e R\$ 750 milhões.<sup>37</sup> Ou seja, a amostra examinada está vinculada a um perfil específico de empresas. Assumindo que esses faturamentos buscam filtrar operações que tenham alguma relevância concorrencial, mesmo que haja uma crítica de que os valores de referência estão desatualizados,<sup>38</sup> as operações notificadas ao CADE abarcam um número amplo de casos que podem impactar ou serem decorrentes, pelo menos em parte, de questões inflacionárias.

A partir do levantamento dessas informações, foi construído o gráfico abaixo, que revela a evolução desses parâmetros durante os últimos cinco anos. Identifica-se que os índices de inflação e número de atos de concentração aprovados pelo CADE possuem clara correlação.

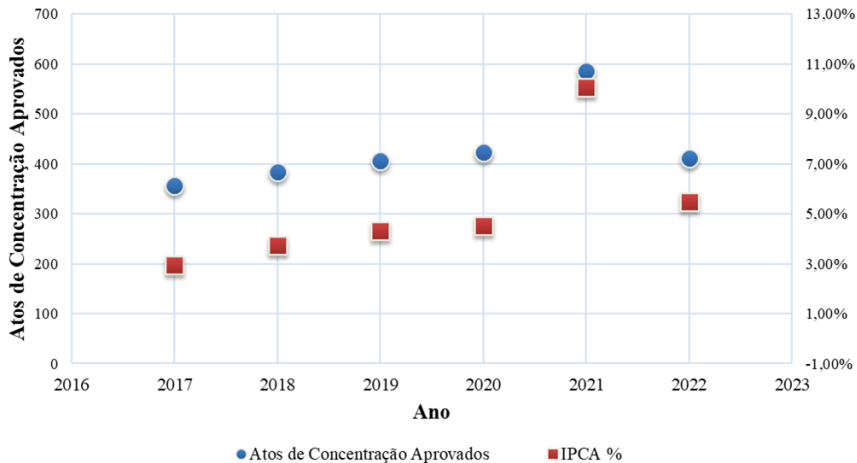
---

<sup>36</sup> Os anuários do CADE estão disponíveis em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes-institucionais/anuarios-do-cade>. Acesso em 6 de setembro de 2022.

<sup>37</sup> Os critérios de faturamento são estabelecidos pelo artigo 88, incisos I e II, da Lei nº 12.529/2011, alterado pela Portaria Interministerial nº 994/2012.

<sup>38</sup> Vide MONTEIRO, Alberto. Está na hora de mudar as regras de notificação de operações ao Cade? Estadão, 2022. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/esta-na-hora-de-mudar-as-regras-para-notificacao-de-operacoes-ao-cade/>. Acesso em 6 de setembro de 2022.

**Gráfico 1 - Comparação entre IPCA e Atos de Concentração Aprovados no CADE (2016 a ago/2022)**



Fonte: Elaboração própria a partir dos dados do IBGE<sup>39</sup> e dos anuários do CADE

Este dado está em linha com estudos já feitos que demonstram haver correlação entre o número de operações de fusões e aquisições e índices de inflação. Em 2021, além da alta inflação, foi registrado um número recorde de operações tanto no Brasil quanto no mundo.<sup>40</sup> Em tempos de crises, com o aumento da inflação, o poder de compra do consumidor diminui, de modo que a demanda e, conseqüentemente, as vendas reduzem, o que faz com que as empresas que não consigam resistir à crise, recorram às concentrações para sobreviverem.<sup>41</sup>

Além disso, a inflação aumenta os custos de manutenção de um negócio, que já podem ser mais altos do que o normal devido a problemas

<sup>39</sup> Disponível em: [http://www.idealssoftwares.com.br/indices/ipca\\_ibge.html](http://www.idealssoftwares.com.br/indices/ipca_ibge.html). Acesso em 6 de setembro de 2022.

<sup>40</sup> Nesse sentido, vide: NISHANT, Niket. Global M&A volumes hit record high in 2021, breach \$5 trillion for first time. Reuters, 2021. Disponível em: <https://www.reuters.com/markets/us/global-ma-volumes-hit-record-high-2021-breach-5-trillion-first-time-2021-12-31/>. Acesso em 6 de setembro de 2022.

<sup>41</sup> CHIRIAC, Irina. The Impact of Economy on Mergers & Acquisitions in European Markets. Journal of Financial Studies & Research, v. 2021, pp. 1-8, 2021, p. 8.



na cadeia de fornecimento. Em momentos em que a moeda está inflacionada, os empresários, enfrentando custos mais altos e retorno do investimento potencialmente menores, reduzem o valor das empresas. Se a empresa-alvo não conseguir repassar os aumentos de custos aos clientes ou mitigar o impacto da inflação, os lucros da empresa (e, por conseguinte, o valor do investimento do comprador) diminuirão.<sup>42</sup> Nesse contexto, os compradores conseguem se aproveitar, adquirindo empresas por preços mais baixos e aumentando a concentração.

Diante da evidência empírica da correlação entre os referidos índices, a seguir, apresenta-se como o CADE tem considerado o fenômeno da inflação em Atos de Concentração. Na conclusão deste artigo, é feita uma análise crítica dessa jurisprudência, junto com as decisões realizadas em condutas anticompetitivas, para indicar se a autoridade antitruste deveria ampliar ou reduzir a consideração da inflação em seus processos.

### 3.2. *A jurisprudência do CADE sobre inflação em Atos de Concentração*

No Brasil, a utilização do índice de inflação como critério de análise ou *proxy* para avaliação de Atos de Concentração é incipiente. O CADE aceitou, em poucos casos, a influência da inflação nos mercados em análise, mas, mesmo assim, em nenhum deles, foi o argumento de destaque.<sup>43</sup>

O DEE utilizou os índices da inflação em algumas análises de Atos de Concentração. Mas, nesses casos, o índice foi apenas usado para ajustar o tamanho do mercado ao longo dos anos. O departamento apurou

---

<sup>42</sup> Para mais informações: CALVES, Ana. The Potential Impact of Inflation on M&A. Mergers & Acquisitions, 2022. Disponível em: <https://www.themiddlemarket.com/opinion/the-potential-impact-of-inflation-on-ma> e SARACINO, Marc. Effects of Inflation on M&A Deals. Campolo, Middleton, & McCormick, 2022. Disponível em: <https://cmmlp.com/effects-of-inflation-on-ma-deals/>. Acesso em 6 de setembro de 2022.

<sup>43</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Atos de Concentração n° 08700.006055/2018-85 (Requerentes: Movida Participações S.A. e Avis Budget Brasil S.A.); n° 08700.005959/2016-21 (Requerentes: Guerbet S.A. e Mallinckrodt Group S.à.r.l.).

os faturamentos reais dos concorrentes a partir de 2013 e eliminou o efeito da inflação sobre o seu crescimento, com o objetivo de verificar a variação ano a ano e gerar uma *proxy* mais exata da evolução das participações de mercado.<sup>44</sup> Na Revisão de Ato de Concentração nº 08700.009924/2013-19,<sup>45</sup> para verificar os efeitos *ex post* da operação no mercado, o DEE utilizou o método econométrico antes e depois (*before and after*).<sup>46</sup> Nesse caso, os preços do poliestireno foram avaliados e corrigidos tanto pelo IPCA quanto pelo Índice de Preços ao Produtor Amplo – Origem, concluindo que, quando os efeitos inflacionários foram eliminados, houve um aumento de preços dos produtos afetados pela operação.

Da verificação dos poucos casos em que a inflação foi considerada na análise dos Atos de Concentração, pode-se observar que, além de não ser um argumento popular, também não encontra aderência nos julgadores da autoridade antitruste.

#### 4. A inflação na análise de condutas

Assim como em Atos de Concentração, que unificam concorrencialmente empresas, as condutas anticompetitivas têm o mesmo efeito no mercado. Mas, ao contrário das operações examinadas em controle de estruturas, os efeitos líquidos à concorrência de atos ilegais são sempre

---

<sup>44</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.000166/2018-88 Requerentes: Brink's Segurança e Transporte de Valores Ltda., Rodoban Segurança e Transporte de Valores Ltda., Rodoban Serviços e Sistemas de Segurança Ltda. e Rodoban Transportes Terrestres e Aéreos Ltda. Nota Técnica do Departamento de Estudos Econômicos nº 18/2018 (SEI 0479656).

<sup>45</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.009924/2013-19. Requerentes: Videolar S.A., Sr. Lírio Albino Parisotto, Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras e Innova S.A.

<sup>46</sup> O método *before and after* é referenciado no guia de avaliações a posteriori OCDE como uma das metodologias mais comuns na avaliação *ex post*. Vide: Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions, 2016. Disponível em; <https://www.oecd.org/competition/workshop-expost-evaluation-competition-enforcement-decisions.htm>. Acesso em 8 de setembro de 2022.

negativos, independentemente de serem analisados como condutas *per se* ou pela regra da razão. Afinal, são atos ilegais aqueles que geram o efeito de limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, aumentar arbitrariamente os lucros, e exercer de forma abusiva posição dominante. A cartelização, por exemplo, é uma conduta que gera distorções no mercado.<sup>47</sup> Na hipótese de um cartel aumentar consideravelmente o preço de um produto, o efeito agregado da conduta seria um estímulo à inflação. O contrário também se aplica. Ao romper um cartel, quando os demais fatores são mantidos constantes, a tendência é que a concorrência aumente, e que o preço diminua, enfraquecendo a pressão inflacionária.

Da mesma maneira em que há uma correlação entre número de Atos de Concentração e índices inflacionários, é possível que uma escalada na inflação influencie a prática de condutas anticompetitivas e vice-versa. Portanto, questiona-se: em que medida deveria o CADE punir ou relevar acordos entre concorrentes diante de um cenário de inflação?

#### *4.1. A relação entre condutas anticompetitivas e níveis de inflação*

Um dos efeitos esperados por condutas anticompetitivas é o aumento artificial de preços. A histórica cartilha sobre o Combate a Cartéis na Revenda de Combustíveis desenvolvida pela então Secretaria de Direito Econômico demonstra os efeitos concretos de condutas anticompetitivas sobre os preços. A cartilha revela um aumento dos preços (deflacionados pelo índice do IBGE de custos de pedra britada na construção civil) durante o chamado cartel das britas.<sup>48</sup> No mesmo sentido, apresenta a imediata redução do preço da gasolina após uma operação de busca e

---

<sup>47</sup> “O cartel é a mais grave infração econômica ao corromper a dinâmica do mercado, falseando e gerando efeitos lesivos à concorrência. Cartéis afetam os consumidores, mas também abalam a estrutura do mercado ao diminuir os incentivos concorrenciais necessários ao bem-estar social. Tal infração exige por parte da autoridade antitruste tratamento austero aos infratores”. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.004532/2016-14. Voto do Conselheiro Relator Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann (parágrafo 275 – SEI 1107250).

<sup>48</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.002127/2002-14. .

apreensão para investigar o cartel em revenda de combustíveis.<sup>49</sup> Mais recentemente, o Tribunal do CADE indicou que é possível assumir um sobrepreço de 20% sobre os contratos afetados por um cartel.<sup>50</sup> Assim, assumindo que condutas anticompetitivas geram um sobrepreço do produto comercializado, seria possível identificar alguma variação nos índices inflacionários?

Para apurar possíveis variações, seria necessário identificar um cartel que tenha tido grande relevância para determinado setor da economia brasileira, já esteja encerrado e tenha sido punido pelo CADE. Contudo, mais do que isso, o produto afetado pela conduta deve estar dentro do rol de produtos e serviços incluídos no índice do IPCA. Atingir todos esses requisitos é praticamente impossível, ainda mais porque, nos últimos anos, o Tribunal do CADE condenou poucos casos envolvendo bens de consumo ou que afetassem diretamente os consumidores.

Não obstante, verificou-se que um terço dos casos julgados pelo Tribunal do CADE nos últimos dois anos (janeiro de 2021 até agosto de 2022) envolviam o chamado cartel de autopeças. Segundo relatórios do Departamento de Justiça dos EUA, tratava-se de um dos mais amplos cartéis já cometidos, com investigações iniciadas em várias jurisdições, incluindo Europa, Canadá, Japão, Coreia do Sul.<sup>51</sup> O CADE também realizou suas investigações e condenou ou celebrou termos de compromisso de cessação com inúmeras empresas. Embora haja questionamento dos reais efeitos da conduta no mercado brasileiro, incluindo as montadoras nacionais e aos consumidores locais, dada a relevância do caso e o

---

<sup>49</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Secretaria de Direito Econômico. Combate a cartéis na revenda de combustíveis, 2009, p. 12.

<sup>50</sup> “A alíquota de 20%, por sua vez, consiste em uma *proxy* de qual seria o ganho auferido com a conduta ilícita (...) Assim, farei uso dos valores dos contratos vencidos pelas Representadas nas licitações afetadas pelo cartel e, com base nessa soma, será aplicada uma *proxy* de 20% de sobrepreço”. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.008612/2012-15. Voto da Conselheira Relatora Paula Farani (parágrafos 406 e 4037 – SEI 0920642).

<sup>51</sup> Estados Unidos. Department of Justice – Antitrust Division. FY 2018 Congressional Budget Submission, 2018, p. 37.

número de decisões julgadas pelo Tribunal do CADE, buscou-se examinar a ocorrência de qualquer movimento anormal nos índices inflacionários de acessórios e peças automotivas<sup>52</sup> em relação aos índices inflacionários gerais.

Para realizar essa análise, primeiro, verificou-se os processos administrativos julgados pelo CADE nos últimos cinco anos envolvendo autopeças. Em seguida, identificou-se que grande parte das condutas condenadas pela autoridade antitruste ocorreu entre 2004 e 2011.<sup>53</sup> Assim, utilizando o intervalo de cinco anos antes e depois desse período, comparou-se o IPCA<sup>54</sup> nas classificações de (i) índice geral; (ii) transporte e (iii) acessórios e peças, resultando no gráfico a seguir, que releva a variação ano a ano:

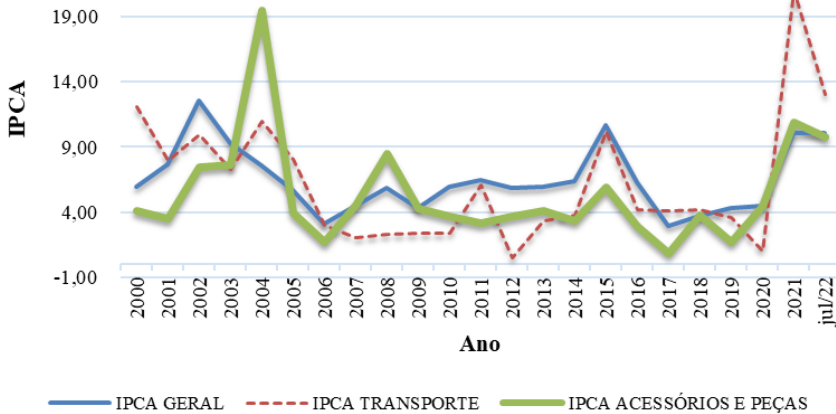
---

<sup>52</sup> Código IPCA 5102009.

<sup>53</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processos Administrativos nº 08700.005789/2014-13; 08700.006065/2017-30; 08700.003340/2017-63; 08012.005324/2012-59; 08700.000949/2015-19; 08700.010323/2012-78; 08700.010320/2012-34; 08700.004631/2015-15; 08700.004629/2015-38; 08700.009167/2015-45; 08700.006386/2016-53; 08700.001486/2017-74; 08700.002938/2017-35 e 08700.002904/2017-41.

<sup>54</sup> Tabela 657 - IPCA - Variação acumulada no ano, para o índice geral, grupos, subgrupos, itens e subitens de produtos e serviços (de agosto/1999 até junho/2006); Tabela 2938 - IPCA - Variação mensal, acumulada no ano e peso mensal, para o índice geral, grupos, subgrupos, itens e subitens de produtos e serviços (de julho/2006 até dezembro/2011); e Tabela 1419 - IPCA - Variação mensal, acumulada no ano, acumulada em 12 meses e peso mensal, para o índice geral, grupos, subgrupos, itens e subitens de produtos e serviços (de janeiro/2012 até dezembro/2019).

**Gráfico 2 -Variação do IPCA Geral, Transporte, Acessórios /Peças (2000/jul2022)**



Fonte: Produção própria a partir do SIDRA – banco de dados agregados do IBGE<sup>55</sup>

Verifica-se que, no período pré-conduta analisada, entre os anos 2000 e 2002, o IPCA de acessórios e peças era inferior ao IPCA geral e ao IPCA transporte. O primeiro grande pico em que o IPCA de acessórios e peças superou significativamente o índice geral e o de transporte ocorreu em 2004, ano em que foi identificada a maior interseção dos diferentes casos de autopeças. Ainda dentro do intervalo das supostas condutas, entre 2007 e 2009, o IPCA de acessórios e peças se manteve acima do índice geral e de transporte. Apenas em 2013, quando a maior parte dos alegados ilícitos já tinham cessado, o IPCA de acessórios e peças ficou abaixo do índice geral e de transportes, voltando ao padrão verificado antes do início das práticas.

Portanto, a partir da comparação entre a inflação geral no Brasil, no segmento de transportes e, especificamente, no mercado de acessórios e peças, foi possível identificar uma correlação entre o período da conduta e

<sup>55</sup> Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/acervo#/S/PC/A/82/T/Q>. Acesso em 6 de setembro de 2022.

índices mais altos de inflação. Assim, embora possam existir inúmeras concausas para variações inflacionárias, como desequilíbrio entre oferta e demanda, aumento dos custos de produção e outros fatores macroeconômicos para revelar algo atípico em momentos de alta inflação, é evidente que condutas anticompetitivas podem ser consideradas como um dos fatores na influência dos efeitos inflacionários.

#### 4.2. *A jurisprudência do CADE sobre inflação em práticas anticompetitivas*

A jurisprudência do CADE também é incipiente ao tratar de inflação em análises de condutas anticompetitivas. Geralmente, índices de inflação são discutidos para fins de atualização do faturamento utilizado como base de cálculo de multa.<sup>56</sup> Por exemplo, no Processo Administrativo nº 08012.007011/2006-97, os faturamentos das empresas condenadas foram atualizados pela SELIC, que é taxa de juros e ferramenta comumente utilizada para o controle de inflação.<sup>57</sup> Nesse caso, o Conselheiro-Relator ressaltou a importância de ajustar a base de cálculo para, no mínimo, a inflação, a fim de garantir a correção monetária dos valores calculados.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> Nesse sentido, vide, por exemplo o voto do Conselheiro Relator Sérgio Costa Ravagnani (SEI 0974596) no Processo Administrativo nº 08700.003340/2017-63 e o voto do Conselheiro Relator Luis Henrique Bertolino Braido (SEI 0793414) no Processo Administrativo nº 08012.007011/2006-97.

<sup>57</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.007011/2006-97. Voto do Relator Luis Henrique Bertolino Braido (parágrafos 135 e 139 – SEI 0793414).

<sup>58</sup> No Processo Administrativo nº 08700.004455/2016-94, foi discutida a forma de se atualizar os valores para cálculo da vantagem auferida pelo cartel. Ressaltou-se a importância de ajustar os valores com base na inflação, conforme se infere do seguinte trecho: “Aplico a taxa SELIC simples como fator de atualização da vantagem auferida estimada, em homenagem ao entendimento consolidado pela maioria dos membros deste Tribunal Administrativo no Processo Administrativo nº 08700.008612/2012-15 (PA “Uniformes e Materiais Escolares”) e no Processo Administrativo nº 08012.009732/2008-01 (PA “Ambulâncias”), ressaltando o meu entendimento exposto no Processo Administrativo nº 08700.000066/2016-90 (PA “Componentes Eletrônicos”), de que o art. 11 da Lei nº 9.021/95 dispõe sobre a forma de atualização da base de cálculo da multa prevista no inc. I do art. 37 da Lei nº 12.529/11, mas não do seu piso (vantagem auferida estimada). Desta forma, advogo que deve ser utilizado o índice que melhor reflete a variação dos

A relevância dos índices de inflação para análise de Processos Administrativos já foi citada no contexto do Cartel de Combustíveis do Distrito Federal.<sup>59</sup> Naquela ocasião, a Superintendência-Geral (“SG”) identificou que, a partir da imposição da medida preventiva, as margens médias de revenda de combustíveis foram reduzidas, impactando o IPCA geral do Distrito Federal.<sup>60</sup> Para a SG, o IBGE registrou aumento de apenas 0,55% em maio de 2016 no Distrito Federal, enquanto a média nacional foi de 0,86%, diferença decorrente da interrupção da conduta. De maneira semelhante, no Inquérito Administrativo nº 08700.003050/2019-81, envolvendo investigação de abuso de posição dominante pela cobrança da taxa denominada “THC-2/SSE”, a SG afirmou que houve um “expressivo aumento de preços do SSE de 2019 para 2020 sem correlação com a inflação do período (...) Esses dados revelam indícios de infração à ordem econômica na cobrança do SSE pela Representada.”<sup>61</sup>

Outros casos também tangenciaram questões inflacionárias. No âmbito do Procedimento Preparatório nº 08700.001354/2020-48, a SG investigou suposto aumento abusivo e arbitrário de preços e lucros por parte de empresas do setor de saúde, em decorrência da necessidade de

---

preços no período, sendo inconteste que nenhum índice pré-fixado (a exemplo da SELIC e da TR) é capaz de capturar o fenômeno da inflação, conforme diversas vezes decidido pelo Poder Judiciário, a exemplo das decisões proferidas pelo STF na ADC nº 58 e na ADI nº 4.425”. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.004455/2016-94. Voto-Vista do Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani (parágrafo 15 – SEI 0949206).

<sup>59</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.008859/2009-86.

<sup>60</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.008859/2009-86. Nota Técnica da Superintendência-Geral nº 77/2016 (SEI 0250076).

<sup>61</sup> Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota Técnica SG nº 9/2021, parágrafo 10 (SEI 0946187). Do mesmo modo, no Processo Administrativo nº 08012.006667/2009-35, envolvendo um cartel em licitações, o CADE concluiu que “houve uma variação de preços muitíssimo superior à inflação do período (...) há fortes indícios de que os preços de referência do Pregão SEAP-RJ estavam superfaturados (...) Com base nesse sobrepreço, é que será feita o cálculo da vantagem auferida.” (voto da Conselheira Relatora Cristiane Alkmin Junqueira, parágrafos 258 e 411 – SEI 0557236). Vide também: Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processos Administrativos nº 08012.005324/2012-59 (voto-vista do Conselheiro Luis Henrique Braido – SEI 0892522) e 08700.009879/2015-64 (voto-vista do Conselheiro Luiz Augusto Hoffmann – SEI 0906145).



cuidados emergenciais motivados pelo aumento de casos relacionados à Covid-19. A SG concluiu que não caberia ao CADE investigar e condenar a imposição de preços excessivos ou o aumento sem justa causa de preços de bens ou serviços, quando desacompanhadas de uma conduta anticompetitiva. Analogamente, foi possível inferir que aumento injustificado de preços acima do valor da inflação não é condenável se desacompanhado de outros atos ilegais, como um cartel. Este entendimento decorre essencialmente do fato de que o Brasil é uma economia de mercado, em que se presume ser prejudicial a interferência na formação de preços de agentes privados.

Os cartéis de crise<sup>62</sup> são outro exemplo. Tais condutas representam acordos colaborativos entre concorrentes que visam fomentar a economia e, geralmente, objetivam (a) reorganizar o nível de produção, reduzindo o excesso de capacidade e, assim, da oferta de bens e serviços, de forma a melhor se ajustar à demanda; (b) estabilizar os preços; (c) evitar o fechamento de empresas; e (d) estimular atividades de pesquisa e desenvolvimento.<sup>63</sup> Por esse motivo, pontualmente, eles podem ser isentos de punição pelas autoridades concorrenciais. Entretanto, crises econômicas não justificam a realização de qualquer acordo anticompeti-

---

<sup>62</sup> De acordo com os parâmetros utilizados pela OCDE, o termo “cartel de crise” pode ser adotado em dois sentidos: (i) um acordo privado entre empresas concorrentes, proibido pelas autoridades concorrenciais; (ii) ou um acordo entre empresas autorizado por uma autoridade concorcencial durante período de depressão econômica. (OCDE. *Crisis Cartels: Contribution from the European Union*, 2011).

<sup>63</sup> Para Ioanis Kokkoris: “In industries where fierce competition would otherwise yield below-cost pricing, the cartel guarantees a reasonable price. In addition, it has been argued that a cartel sustains needed capacity and prevents excess capacity. Furthermore, a cartel reduces uncertainty as regards the average price for a product. It also assists in financing desirable activities, such as R&D (...). In periods of crisis in economies, without industry-wide agreements on capacity reduction that can be achieved through a crisis cartel, smaller firms may exist the market, leaving a limited number of choices for customers as well as inducing unemployment.” (KOKKORIS, Ioannis; OLIVARES-CAMINAL, Rodrigo. *Antitrust law amidst financial crises*. New York: Cambridge University Press, 2010.p. 261-262).

tivo, uma vez que problemas estruturais podem ser ocasionalmente solucionados pelas forças de mercado.<sup>64</sup> De todo modo, o desafio para a autoridade antitruste é identificar as circunstâncias que tornam um acordo entre concorrentes benéfico ou maléfico à ordem econômica, levando em consideração o contexto de inflação e crise vivenciada, a situação do mercado, o setor específico, as ações pretendidas, sua abrangência e duração.

## **5. Conclusão: o CADE deveria combater a inflação?**

A inflação deve ser considerada na análise antitruste. O fenômeno inflacionário está inserido na ordem econômica e gera reflexos na livre iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e no poder econômico dos agentes e faz parte da competência prevista no artigo 170 e 173, parágrafo 3º, da Constituição Federal e artigo 1º, da Lei nº 12.529/2011.

Todavia, o CADE está proibido de tomar qualquer decisão que tenha função de regular preços, afinal, incompetente para tanto, e este estudo não tem intenção de propor reforma legislativa para delegar tal competência ao CADE. A princípio, não cumpre à autoridade antitruste regular preços, mas investigar e punir condutas anticompetitivas. Assim, os agentes econômicos só podem ser condenados caso reste demonstrado que a elevação do preço não decorreu de variáveis econômicas de mercado, mas sim, da prática de condutas colusivas ou do exercício abusivo de posição dominante.

---

<sup>64</sup> “So-called ‘crisis cartels’ which aim to reduce industry overcapacity cannot be justified by economic downturns and recession-induced falls in demand. As noted above, a general rule in a well-functioning free market economy is that market forces alone should remove unnecessary capacity from a market. (...) Competition in periods of crises may force the least efficient undertakings to exit a market. This is part and parcel of the competitive process. Indeed, the General Court has accepted that “it is impossible to distinguish between normal competition and ruinous competition. Potentially, any competition is ruinous for the least efficient undertakings.” OCDE. Crisis Cartels: Contribution from the European Union, 2011, p. 116-117.

Em análise de estruturas, a possível correlação do número de operações e variações nos índices inflacionários sugere que o aumento de concentrações pode decorrer de processos inflacionários e agravá-los, quando redutores de concorrência. Ocorre que tais concentrações podem ser uma alternativa para que empresas sobrevivam às crises inflacionárias e, portanto, gerem efeitos pró-competitivos. Diante da relação clara entre esses dois elementos, sugere-se que o CADE inclua os efeitos inflacionários como parte da análise dos Atos de Concentração. A próxima questão—que poderá ser objeto de estudos futuros—é em qual medida deve a autoridade antitruste (a) reprovar concentrações, pois capazes de agravar a inflação ou (b) aprová-las, porquanto capazes de fazer com que empresas resistam as crises.

Em controle de condutas, é inegável que, por gerarem efeitos nocivos à concorrência—geralmente traduzidos em aumento de preços ao consumidor—, também tornam as crises inflacionárias mais severas. A dificuldade é saber qual o real impacto da conduta na inflação, na medida em que os índices são compostos por inúmeros produtos e serviços e uma quantidade infindável de fatores. Não obstante, vê-se uma oportunidade para que o CADE aproveite sua experiência de coleta e monitoramento de dados do Projeto Cérebro<sup>65</sup> para abranger a análise de preços relacionada aos índices de inflação. Embora variações de preços acima dos índices de inflação não comprovem *per se* qualquer conduta ilícita, podem justificar aprofundamento das suas possíveis razões, incluindo ilegais.

Ainda em condutas, a inflação pode ser considerada na avaliação das penas impostas aos infratores, nos termos do artigo 45, da Lei nº 12.529/2011. Afinal, pode ser um fator que impacta na análise da gravidade da infração, o grau de lesão à economia nacional, consumidores e terceiros, e os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado. Uma análise casuística deve ser tomada, pois, como explorado acima,

---

<sup>65</sup> Para maiores informações: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/governanca/regulacao/eventos/2018/organizacao-de-centro-de-dados-cade/organizacao-centro-dados-projeto-cerebro-cade.pdf>. Acesso em 6 de setembro de 2022.

pode ser tanto um meio para superar uma crise inflacionária, quanto uma forma de agravá-la.

A resposta sobre se a atuação do CADE deve ser inflacionada—pela inflação—está dentro da reflexão do escopo do direito antitruste. Espera-se que este artigo provoque uma discussão mais aprofundada sobre o tema. Afinal, o consumidor brasileiro constantemente está diante do dragão (símbolo da inflação), tendo passado há pouco tempo por uma crise de hiperinflação, que tornou ainda mais caótica a sua vida.

## Referências

BANCO CENTRAL DO BRASIL. O que é inflação. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/controleinflacao/oqueinflacao>>. Acesso em 6 de setembro de 2022. BANK OF ENGLAND. Monetary Policy Report – May 2022, 2022. Disponível em: <<https://www.bankofengland.co.uk/monetary-policy-report/2022/may-2022>>. Acesso em 6 de setembro de 2022.

BERNANKE, Ben S.; LAUBACH, Thomas; MISHKIN, Frederic S.; POSEN, Adam S. Inflation Targeting: Lessons from the International Experience. Princeton: Princeton University Press, 2001. BLANCHARD, Olivier. Macroeconomia. 4ª edição. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.014340/2007-75. Requerentes: Votorantim Metais Zinco S.A. e Massa Falida de Mineração Areiense S.A.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.000166/2018-88. Requerentes: Brink's Segurança e Transporte de Valores Ltda., Rodoban Segurança e Transporte de Valores Ltda., Rodoban Serviços e Sistemas de Segurança Ltda. e Rodoban Transportes Terrestres e Aéreos Ltda.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.005959/2016-21. Requerentes: Guerbet S.A. e Malinckrodt Group S.à.r.l. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.006055/2018-85. Requerentes: Movida Participações S.A. e Avis Budget Brasil S.A. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.009924/2013-19. Requerentes: Videolar S.A., Sr. Lírio Albino Parisotto, Petróleo Brasileiro S.A. - Petrobras e Innova S.A.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo nº 08700.003050/2019-81. Representante: Centro Logístico Integrado Fastcargo S/A. Representado: Itapoá Terminais Portuários S/A.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Procedimento Preparatório nº 08700.001354/2020-48. Representante: CADE ex officio. Representados: Empresas dos mercados hospitalar, farmacêutico, distribuição de materiais hospitalares, medicamentos e afins.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.005324/2012-59. Representante: CADE ex officio. Representados: AB SKF, INA-Holding Schaeffler GmbH & Co., JTEKT Automotiva Brasil Ltda., JTEKT Corporation, Koyo Rolamentos do Brasil Ltda., Nachi Brasil Ltda., Nachi Fujikoshi Corporation, NSK Brasil Ltda., NSK Europe Ltd., NSK Ltd., NTN-SNR Roulements S.A., Schaeffler Brasil Ltda., SKF do Brasil Ltda., SNR Rolamentos do Brasil Ltda., Timken do Brasil Comercial Importadora Ltda. e outros.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006667/2009-35. Representante: SDE ex-officio. Representados: Cial Comércio e Indústria de Alimentos Ltda.; Comissária Aérea Rio de Janeiro Ltda.; Cor e Sabor Distribuidora de Alimentos Ltda.; Denjud Refeições Coletivas Adm. e Serviços Ltda.; Faculdade do Sabor Refeições Ltda.; Guelli Comércio e Indústria de Alimentação Ltda. e outros.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº Processo Administrativo nº 08012.007011/2006-97. Representante: Hapvida Assistência Médica Ltda. Representados: Associação dos Hospitais do Estado do Ceará, Clínica São Carlos Ltda, Otolílica S/C Ltda, Hospital São Mateus S/C Ltda, Hospital Geral e Maternidade Angeline, Wilka e Ponte Ltda. e outros.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.008859/2009-86. Representante: José Antônio Machado Reguffe. Representados: Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Automotivos e de Lubrificantes do Distrito Federal – Sindicombustíveis-DF; Petrobrás Distribuidora S/A.; Raízen Combustíveis S/A e outros.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.001486/2017-74. Representante: CADE ex officio. Representados: Faurecia Emissions Technologies do Brasil S.A., Magneti Marelli Sistemas Automotivos Indústria e Comércio Ltda., Tenneco Brasil Ltda. e outros.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.002904/2017-41. Representante: CADE ex officio. Representados: Basso S.A., Mahle Metal Leve S.A., TRW Automotive Ltda., Valbras Industria e Comercio Ltda. e outros. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.002938/2017-35. Representante: CADE ex officio. Representados: Autoliv Inc., Takata Corporation, Tokai Rika Co, Ltd., Toyoda Gosei Co., Ltd., ZF TRW Active & Passive Safety Technology Division e outros.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.003247/2017-59. Representante: CADE ex officio. Representados: Construtora Noberto Odebrecht S.A., Delta Construções S.A. (Salgueiro Construções S.A), Manchester Serviços LTDA.

(Harpia Serviços e Engenharia LTDA), Via Engenharia S.A., Alexandre José Lopes Barradas e outros.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.003340/2017-63. Representante: CADE ex officio. Representados: Affinia Automotive Ltda., Mahle Metal Leve S.A., Mann + Hummel Brasil Ltda., Robert Bosch Ltda., Sofape Fabricante de Filtros Ltda., Sogefi Filtration do Brasil Ltda. e outros.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.004455/2016-94. Representante: Superintendência Regional da Polícia Federal no Estado do Pernambuco. Representados: Comercial Armarinho Oliveira Ltda. ME, Infocrefe Comércio de Informática e Papelaria Ltda. ME, T.E Papelaria Comercial Ltda. ME, L. de Oliveira Logística – ME, Livraria e Papelaria Boa Vista Ltda., Livraria e Papelaria Leal Dantas Ltda. e outros.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.004532/2016-14. Representante: CADE ex officio. Representados: Artech do Brasil Ltda., Ailton Fabiano Vendramini, Albano de Abreu Lima Junior, Alexandre Kiste Malveiro, Amauri Deger Junior, Angélica Maria Soto Sepulveda Angelhag, Carlos Eduardo de Almeida Fabbro e outros.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.004629/2015-38. Representante: CADE ex officio. Representados: Affinia Automotiva Ltda., Affinia Group Participações Ltda., Dana Indústrias Ltda., Dana Corp., Magneti Marelli Cofap Fabricadora de Peças Ltda., Magneti Marelli Cofap Autopeças Ltda., Tenneco Automotive Brasil Ltda. e outros.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.004631/2015-15. Representante: CADE ex officio. Representados: Autoliv do Brasil Ltda., Takata Brasil S.A., Airton Evangelista, Aparecida Emidia de Souza (Cida Vandyke), Arnaldo Goes Coronel e outros.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.005789/2014-13. Representante: CADE ex officio. Representados: Cerâmicas e Velas de Ignição NGK do Brasil Ltda.; NGK Spark Plug Co. Ltda.; Robert Bosch GmbH; Robert Bosch Ltda. e outros.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.006065/2017-30. Representante: CADE ex officio. Representados: Federal Mogul Sistemas Automotivos Ltda., KSPG Automotive Brazil Ltda., Mahle Metal Leve S.A. e MAHLE GmbH e outros.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.006386/2016-53. Representante: CADE ex officio. Representados: Affinia Automotiva Ltda.; BorgWarner Brasil Ltda.; Dayco Power Transmission Ltda.; Delphi Automotive Systems do Brasil Ltda.; DMC Promoções e Publicidade Ltda.; Federal-Mogul Sistemas Automotivos Ltda.; Freudenberg e outros.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.008612/2012-15. Representante: CADE ex officio. Representados: Attendy Artigos de Vestuário e Confecções Ltda., Brink Mobil Equipamentos Educacionais Ltda., Capricórnio S.A, Diana Paolucci S.A. Indústria e Comércio, Excel 3000 Materiais e Serviços Ltda., Libero Comercial Ltda., Mercosul Comercial e Industrial Ltda., NCR Uniformes Ltda., Nicaltex Têxtil Ltda., Tecelagem Guelfi Ltda. e outros.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.009167/2015-45. Representante: CADE ex officio. Representados: Corning Incorporated, NGK Insulators Ltd., Daishi Koide, Gotaro Uemura, Hiroshi Fujito e outros.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.010320/2012-34. Representante: CADE ex offi-



cio. Representados: Eletromecânica Dyna S.A.; Valeo S.A.; Valeo Sistemas Automotivos Ltda.; Valeo Sistemas Automotivos Ltda. - Divisão de Limpadores e Motores Elétricos e outros.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.009879/2015-64. Representante: Ministério Público de Estado de Santa Catarina. Representados: Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Estado de Santa Catarina, Auto Posto Amin Ltda, Posto Continental Ltda, Estação Comércio de Combustíveis Ltda. e outros.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08700.010323/2012-78. Representante: CADE ex officio. Representados: Behr Brasil Ltda.; Denso do Brasil Ltda.; Denso Sistemas Térmicos do Brasil Ltda.; Modine do Brasil Sistemas Térmicos Ltda.; Radiadores Visconde Ltda.; Valeo S.A.; Valeo Sistemas Automotivos Ltda. e outros.

BRASIL. Secretaria de Direito Econômico. Combate a cartéis na venda de combustíveis, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 870947-SE. Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 10 de dezembro de 2015.

CAMPOS, Roberto de Oliveira; SIMONSEN, Mario Henrique. A Nova Economia Brasileira. 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora José Olympo, 1976.

CARLTON, Dennis W.; PERLOFF, Jeffrey M. Modern Industrial Organization. 4ª edição. Harlow: Pearson Education, 2016.

CASAGRANDE, Paulo Leonardo; PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação. 1ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016. CHIRIAC, Irina. The Impact of Economy on Mergers & Acquisitions in European Markets. Journal of Financial Studies & Research, v. 2021, pp. 1-8, 2021.

CNBC TELEVISION. FTC Chair Lina Khan answers question on anti-trust regulation and data privacy. Youtube, 2022. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=-95KUz5mJu8>>. Acesso em 6 de setembro de 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. Speech by Executive Vice-President Vestager for the Schumpeter Award Acceptance: "Creative Renewal: defending competition in the face of disruption", 2022. Disponível em: <[https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPE-ECH\\_22\\_3215](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPE-ECH_22_3215)>. Acesso em 6 de setembro de 2022.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Departamento de Estudos Econômicos. Documento de Trabalho No. 001/14: Indicadores de Concorrência, 2014.

DA SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira. Concorrência e desenvolvimento: a *competition advocacy* no Brasil e sua contribuição para o fortalecimento das instituições democráticas. Mestrado (Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Ribeirão Preto, 2017.

DE LOECKER, Jan; EECKHOUT, Jan; UNGER, Gabriel. The Rise of Market Power and the Macroeconomic Implications. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 135, n. 2, pp. 561-644, 2020.

ESTADOS UNIDOS, Department of Justice – Antitrust Division. FY 2018 Congressional Budget Submission, 2018.

ESTADOS UNIDOS, The White House. The Biden-Harris Inflation Plan: Lowering Costs and Lowering the Deficit, 2022. Disponível em: <<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2022/05/10/the-biden-harris-inflation-plan-lowering-costs-and-lowering-the-deficit/>>. Acesso em 6 de setembro de 2022.

FORGIONI, Paula. Os Fundamentos do Antitruste. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 411-412.

FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. Inflation: Prices on the Rise. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/basics/30-inflation.htm>>. Acesso em 6 de setembro de 2022.

GELLHORN, Ernest; KOVACIC, William E.; CALKINS, Stephen. Antitrust Law and Economics in a Nutshell. 5ª edição. St. Paul: Thomson West, 2004.

HJELMFELT, David C.; STROTHER JR. Antitrust Damages for Consumer Welfare Loss. Cleveland State Law Review, v. 39, n. 4, pp. 505-520, 1991.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Inflação. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/explica/inflacao.php>>. Acesso em 6 de setembro de 2022. KOKKORIS, Ioannis; OLIVARES-CAMINAL, Rodrigo. Antitrust law amidst financial crises. New York: Cambridge University Press, 2010.

MERCADO, Andrew; MILLER, Tracy C. Here's Why We Can't Control Inflation with Antitrust Enforcement. National Review, 2022. Disponível em: <<https://www.nationalreview.com/2022/07/heres-why-we-cant-control-inflation-with-antitrust-enforcement/>>. Acesso em 6 de setembro de 2022.

MOLINA, George Gray; MONTOYA-AGUIRRE, María; ORTIZ-JUA-REZ, Eduardo. Addressing the cost-of-living crisis in developing countries: Poverty and vulnerability projections and policy responses. United Nations High-Level Political Forum on Sustainable Development (HLPF), 2022.

MONTEIRO, Alberto. Está na hora de mudar as regras de notificação de operações ao Cade? Estadão, 2022. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/esta-na-hora-de-mudar-as-regras-para-notificacao-de-operacoes-ao-cade/>>. Acesso em 6 de setembro de 2022.

NISHANT, Niket. Global M&A volumes hit record high in 2021, breach \$5 trillion for first time. Reuters, 2021. Disponível em: <<https://www.reuters.com/markets/us/global-ma-volumes-hit-record-high-2021-breach-5-trillion-first-time-2021-12-31/>>. Acesso em 6 de setembro de 2022.

NUSDEO, Fábio. Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Consumer Price Index, 2022. Disponível em: <<https://www.oecd.org/newsroom/consumer-prices-oecd-updated-4-may-2022.htm>>. Acesso em 6 de setembro de 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Crisis Cartels: Contribution from the European Union, 2011.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Factsheet on how competition policy affects macro-economic outcomes, 2014.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. Reference guide on ex-post evaluation of competition agencies' enforcement decisions, 2016. RAPPEPORT, Alan; TANKERSLEY, Jim. As Prices Rise, Biden Turns to Antitrust Enforcers. New York Times, 2021. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2021/12/25/business/biden-inflation.html>>. Acesso em 6 de setembro de 2022.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015. SAMUELSON, Paul A.; SOLOW, Robert M. Analytical Aspects of Anti-Inflation Policy. The American Economic Review, v. 50, n. 2, pp. 177-194, 1960.

SUDERMAN, Peter. Biden Says Fighting Inflation Is His Top Economic Priority. His Antitrust Policy Would Make Inflation Worse. Reason,

2022. Disponível em: <<https://reason.com/2022/06/01/biden-says-fighting-inflation-is-his-top-economic-priority-his-antitrust-policy-would-make-inflation-worse/>>. Acesso em 6 de setembro de 2022.

WILES, Peter. Cost Inflation and the State of Economic Theory. *Economic Journal*, v. 83, n. 330, pp. 377-398, 1973.

## A REGULAÇÃO DE PLATAFORMAS DIGITAIS NO BRASIL: É POSSÍVEL UMA ABORDAGEM PREVENTIVA?

*The regulation of digital platforms in Brazil: Is a prevention approach possible?*

Allan Fuezi Barbosa<sup>1</sup>

**Resumo.** As plataformas digitais têm um papel central na economia digital, inclusive gerando importantes eficiências econômicas. No entanto, essas plataformas geram preocupações relativas às práticas anticompetitivas, que podem gerar graves danos à concorrência, através de condutas de abuso de posição dominante. Por conta da dinâmica dos mercados digitais e da insuficiência de resposta temporal do controle de conduta, discute-se as propostas internacionais para a abordagem da regulação de plataformas, como uma forma de construir uma regulação preventiva de condutas anticoncorrenciais no Brasil. A partir de uma visão das *better practices*, propõe-se a instituição de um comitê entre ANPD e CADE, para a criação de diretrizes para os mercados digitais, como também propostas de ajustes com os agentes econômicos, através de Termo de Compromisso de Cessação (TCC), para um caso específico sob investigação, ou de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), relativo às melhores práticas definidas pelo próprio Comitê, sendo esse último um mecanismo mais amplo, inspirado na regulação da aviação civil. A metodologia deste artigo é fundada em pesquisa básica estratégica de caráter qualitativo, pautada em bibliografia. A abordagem assume natureza exploratória e explicativa em pontos cruciais para o desenvolvimento da temática.

**Palavras-chave:** Direito Antitruste; Economia Digital; Plataformas Digitais; Regulação; Better Practices.

**Abstract.** Digital platforms play a central role in the digital economy, generating significant economic efficiencies. However, these platforms raise concerns regarding anticompetitive practices, which can seriously harm competition through abusive behaviors stemming from dominant positions. Due to the dynamics of digital markets and the insufficient temporal response of conduct control, international proposals for platform regulation to establish prevention regulation of anticompetitive behavior in Brazil. Based

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). Secretário-Geral da Associação Norte-Nordeste de Direito Econômico (ANNDE). Presidente da Comissão Especial de Direito da Concorrência da OAB/BA. Mestre em Direito e Economia pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado. Email: allanfuezi@usp.br.

on a view of better practices, we propose the establishment of a committee between the National Data Protection Authority (ANPD) and the Administrative Council for Economic Defense (CADE). This committee would create guidelines for digital markets, as well as proposals for adjustments with economic agents through a Cease-and-Desist Agreement (TCC) in cases currently under investigation, or through a Conduct Adjustment Agreement (TAC) related to best practices defined by the committee itself. The latter is a broader mechanism, inspired by civil aviation regulation. The methodology of this article is based on qualitative research, informed by bibliographic sources. The approach assumes an exploratory and explanatory nature in crucial points for developing the subject matter.

**Keywords:** Antitrust Law; Digital Economy; Digital Platforms; Regulation; Better Practices.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. As plataformas digitais e os problemas de suas condutas. 3. A abordagem internacional e o modelo do DMA. 4. A abordagem brasileira dos mercados digitais e a regulação preventiva. 4.1. O estado da arte no Brasil. 4.2. A possibilidade de regulação preventiva no Brasil. 4.2.1. Da instituição de um Comitê da ANPD e do CADE. 4.2.2. Da regulação preventiva a partir de termos de ajustamento. 5. Considerações finais.

## 1. Introdução

A economia digital, através de seu incremento tecnológico, ensejou uma modificação relevante nos mercados, a partir da redução de assimetrias informacionais e da obtenção de eficiências econômicas, através da interconexão entre ativos e sujeitos, em um alcance global viabilizado pela internet.<sup>2</sup> Ocorre que, a figura da plataforma digital, enquanto agente intermediário entre duas categorias de usuários (basicamente, profissionais e finais), a despeito de ser um meio de desenvolvimento econômico e tecnológico, acaba por ensejar preocupações crescentes no âmbito concorrencial.

Nesse cenário, doutrinadores e autoridades de todo o mundo passaram a refletir sobre a melhor forma de regulação das plataformas digitais dominantes, pois a dinâmica da economia digital necessita de uma atuação do regulador de modo mais imediato, uma vez que essa é

---

<sup>2</sup> ECONÔMICA, Conselho Administrativo de Defesa. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*, 2020, p. 36.

caraterizada pela intensa velocidade de evolução tecnológica e das relações de trocas entre os sujeitos.

O presente trabalho, assim, busca analisar a viabilidade de uma regulação preventiva das condutas das plataformas digitais no ordenamento jurídico brasileiro, após um breve estudo dos problemas de concorrenciais atrelados a essas figuras e uma análise de propostas internacionais para o enfrentamento da questão.

## 2. As plataformas digitais e os problemas de suas condutas

No atual contexto de digitalização dos mercados, o surgimento e desenvolvimento de plataformas digitais se torna cada vez mais comum. Em linhas gerais, entende-se como plataforma digital “o agente econômico que detém a infraestrutura tecnológica na qual são desenvolvidas atividades econômicas em mercados de múltiplos lados digitais, viabilizando as relações estabelecidas entre os diversos agentes que a utilizam”<sup>3</sup>.

Assim, para a caracterização da figura, pode-se indicar:

- a verificação de mercados de múltiplos lados<sup>4</sup>, isto é, dois ou mais grupos distintos de usuários, cuja conexão ou coordenação entre os diferentes grupos produz externalidades positivas, havendo um intermediário (plataforma) para internalizar tais externalidades;<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Direito da concorrência, plataformas digitais e dados pessoais*. Tese (concurso Livre-docente em direito comercial). São Paulo, set. de 2021, p. 17.

<sup>4</sup> ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Platform Competition in Two-Sided Markets, *Journal of the European Economic Association*, vol. 1, n. 4, jun. 2003, p. 990 ss.

<sup>5</sup> EVANS. David, SCHMALESNSEE. Richard. *Matchmakers: The New Economics of Multi-sided Platform*. Boston: Harvard Business Review Press, 2016.



- existência de efeitos de rede positivos indiretos<sup>6</sup>, uma vez que um grupo de usuários tem maior benefício quando cresce o número de usuários de outro grupo, de modo que o volume da demanda não depende apenas dos preços, mas da estrutura desses<sup>7</sup>;

- o subsídio cruzado pode ser utilizado como uma forma de exploração do mercado de múltiplos lados, inclusive a partir da prática do preço zero em um dos lados<sup>8</sup>;

o custo marginal (o custo de atendimento a mais um outro usuário) próximo de zero e baixos custos de distribuição, que permitem alcance global, através da internet<sup>9</sup>;

- elevadas economias de escala (expansão da prestação de determinado serviço até o extremo da eficiência)<sup>10</sup> e de escopo (expansão para outros serviços ou produtos, inclusive tendo em conta a importância dos dados obtidos na plataforma para o desenvolvimento de novos produtos/serviços)<sup>11</sup>;

---

<sup>6</sup> Ainda que seja possível a verificação de outros efeitos, como efeitos de rede positivos diretos (quando o aumento da base de usuários do mesmo lado cresce a utilidade da plataforma, *i.g.*, redes sociais), como também efeitos negativos diretos (*i.g.* nos aplicativos de encontros). (ECONÔMICA, Conselho Administrativo de Defesa. *Mercado de plataformas digitais*, 2021, p. 11).

<sup>7</sup> ECONÔMICA, Conselho Administrativo de Defesa. *Mercado de plataformas digitais*, 2021., p. 11.

<sup>8</sup> PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Direito da concorrência, plataformas digitais e dados pessoais*. Tese (concurso Livre-docente em direito comercial). São Paulo, set. de 2021, p. 31. Além disso, deve-se observar que as plataformas dominantes são remuneradas a partir de um maior custo de publicidade, uma taxa mais elevada de intermediação cobradas dos fornecedores (que são repassados aos usuários finais, através dos preços de equilíbrio), sem contar o mecanismo de fornecimento de dados (e a atenção) como remuneração. (ECONÔMICA, Conselho Administrativo de Defesa. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*, 2020, p. 39)

<sup>9</sup> STATE, Stigler Center for the Study of the Economy and. *Stigler Committee on Digital Platforms: Final report*, 2019, p. 8.

<sup>10</sup> CRÉMER, Jacques *et al.* *Competition Policy for the digital era: final report*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2019, p. 20.

<sup>11</sup> ECONÔMICA, Conselho Administrativo de Defesa. *Mercado de plataformas digitais*, 2021, p. 12); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Direito da concorrência, plataformas digitais e dados pessoais*. Tese (concurso Livre-docente em direito comercial). São Paulo, set. de 2021, p. 38.

- interligação econômica entre os produtos e/ou serviços, com sinergias do lado da demanda<sup>12</sup>, já que as plataformas acabam por ser consideradas como ecossistemas multiprodutos<sup>13</sup>, por conta das economias de escopo;

- os dados são considerados insumos essenciais das plataformas, para incremento dos produtos/serviços a um custo inferior, o que permite ao incumbente uma vantagem competitiva<sup>14</sup>.

Considerando-se os aspectos acima tratados, do ponto de vista positivo, as plataformas costumam promover importantes eficiências<sup>15</sup>, como também diminuir barreiras geográficas e assimetrias informacionais, de modo a criar novos mercados e a combinar ativos e sujeitos antes isolados, tendo como resultado a promoção do bem-estar econômico<sup>16</sup>. Todavia, as próprias características que podem ser benéficas, a depender das circunstâncias, têm o caráter de potencial geração impactos negativos no bem-estar econômico<sup>17</sup>, diante dos eventuais problemas concorrenciais que podem decorrer do elevado poder de mercado das plataformas incumbentes<sup>18</sup>.

---

<sup>12</sup> ECONÔMICO, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento. *Competition issues in digital ecosystems*, 2021.

<sup>13</sup> JACOBIDES, Michael G.; CENNAMO, Carmelo; GAWER, Annabelle. Towards a Theory of Ecosystems, *Strategic Management Journal*, vol. 39, n. 8, 2018, p. 2255–2276.

<sup>14</sup> CRÉMER, Jacques *et al.* *Competition Policy for the digital era: final report*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2019, p. 24.

<sup>15</sup> “[M]aior conectividade, diminuição de custos de transação, preços baixos, inovação em modelos de negócios e produtos, aumento da produtividade via melhor utilização de recursos escassos, crescimento econômico e as inúmeras possibilidades trazidas pela inteligência artificial”. (ECONÔMICA, Conselho Administrativo de Defesa. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*, 2020, p. 35).

<sup>16</sup> ECONÔMICA, Conselho Administrativo de Defesa. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*, 2020, p. 36.

<sup>17</sup> CABRAL, Luis *et al.* *The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts*. Luxemburgo: União Europeia, 2021, p. 7.

<sup>18</sup> ECONÔMICO, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento. *Competition issues in digital ecosystems*, 2021.

O poder de mercado das plataformas, por sua vez, pode se manifestar de diversas formas, a depender das particularidades de cada mercado relevante.<sup>19</sup> Assim, a partir do fechamento de mercado ou do aumento dos custos dos concorrentes, os abusos de posição dominante (exclusionários) das plataformas decorrem de “práticas empresariais exercidas por um agente econômico dominante, com a finalidade de privar os rivais atuais ou potenciais da obtenção dos ganhos de escala necessários para a entrada no mercado ou para a expansão de suas operações em determinado nicho”<sup>20</sup>.

O abuso de posição dominante, nesse contexto, ultrapassa uma perspectiva relacionada estritamente a preço, para um enfoque nos prejuízos à inovação, porquanto essas condutas restringem as condições de contestabilidade e apropriabilidade no mercado, obstam o desenvolvimento de inovações disruptivas e/ou impedem (ou dificultam) o acesso de rivais a recursos estratégicos para a implementação de uma concorrência dinâmica.<sup>21</sup>

Por exemplo, plataformas denominadas de *gatekeepers* – assim consideradas as grandes plataformas digitais das quais um elevado número de usuários profissionais necessita para o alcance de usuários finais<sup>22</sup> –, na hipótese de uma integração vertical (ecossistema de multi-produtos), podem alavancar a atuação no mercado de produtos ou serviços para o qual dispõem de uma infraestrutura de intermediação, a partir da autopreferência<sup>23</sup>.

Nesse sentido, considerando-se o contexto tecnológico dinâmico da economia digital global, as práticas desses agentes econômicos

---

<sup>19</sup> ECONÔMICA, Conselho Administrativo de Defesa. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*, 2020, p. 35.

<sup>20</sup> FERNANDES, Victor Oliveira. *Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação*. São Paulo: RT, 2022, p. 157.

<sup>21</sup> FERNANDES, Victor Oliveira. *Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação*. São Paulo: RT, 2022, p. 221 ss.

<sup>22</sup> GERADIN, Damien. *What is a digital gatekeeper? Which platforms should be captured by the EC proposal for a Digital Market Act?*, fev., 2021, p. 20.

<sup>23</sup> CRÉMER, Jacques *et al.* *Competition Policy for the digital era: final report*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2019, p. 65.

com função regulatória (*gatekeepers*) não são bem capturadas pelas estruturas de concorrência tradicionais, sobretudo diante da insuficiência de resposta temporal do controle de conduta ora aplicável.<sup>24</sup> Em outras palavras, o caráter de exploração da conduta das plataformas pode levar a uma prática exclusionária, cuja abordagem *ex post* não consegue bem atender.<sup>25</sup>

Portanto, à regulação *ex post* deve-se aliar normatizações de abertura de mercado, com vistas à superação da alta concentração de poder, uma vez que os objetivos das políticas públicas devem ser a garantia à entrada e à competição pelas plataformas, bem como a criação de competição nas plataformas. Para tanto, nesse contexto, a redução das barreiras à entrada e a proteção contra práticas exclusionárias podem ser implementadas a partir de uma regulação própria, pelo que é importante observar a experiência internacional na matéria.<sup>26</sup>

### 3. A abordagem internacional e o modelo do DMA

A despeito do benefício evidente no desenvolvimento de um conjunto compartilhado de métodos internacionalmente aplicáveis de avaliação da conduta, deve-se destacar que o enfretamento dos problemas concorrenciais em mercados digitais pode se diferenciar a depender do ordenamento jurídico em causa, podendo variar de uma abordagem

---

<sup>24</sup> ECONÔMICO, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento. *Going Digital in a Multilateral World: An Interim Report to Ministers*, 2018.

<sup>25</sup> “In other words, while exclusion may lead to exploitation, in the case of gatekeepers, exploitation may also lead to exclusion (in that gatekeepers may use their bargaining power advantage to impose terms and conditions that may restrict competition on their core market or adjacent markets). Considering that competition authorities tend to stay away from exploitative issues, there is therefore a need for *ex ante* intervention” (GERADIN, Damien. *What is a digital gatekeeper? Which platforms should be captured by the EC proposal for a Digital Market Act?*, fev., 2021, p. 07).

<sup>26</sup> STATE, Stigler Center for the Study of the Economy and. *Stigler Committee on Digital Platforms: Final report*, 2019, p. 120-121.

mais contundente contra as plataformas dominantes, para uma perspectiva mais condutora do mercado (pró-concorrência).<sup>27</sup>

Relatórios como o Stigler Center e o Furman defendem a criação de um órgão regulador próprio, que teria o objetivo de assegurar que os mercados permaneçam abertos e competitivos, como forma de incentivar à inovação, bem como de direcionar os agentes econômicos às respostas aos problemas relativos à proteção de dados e ao tratamento não discriminatório<sup>28</sup>. Haveria, portanto, uma competência complementar desse novo regulador em relação às competências da autoridade concorrencial.<sup>29</sup> Todavia, as construções normativas dos Estados Unidos e da União Europeia seguem caminhos diversos desse.

Na perspectiva norte-americana, as propostas de normatização seguem um viés mais conservador, de modo que o projeto legislativo mais relevante – *American Innovation and Choice Online Act* – trata da figura da plataforma coberta (que atenda aos requisitos de usuários, de faturamento ou de capitalização<sup>30</sup>) pode ser considerada “parceiro comercial crítico” para seus usuários de negócios<sup>31</sup> e, logo, ser enquadrada como praticante de condutas concorrencialmente ilícitas<sup>32</sup>, após um controle concorrencial *ex post*.

---

<sup>27</sup> FURMAN, Jason (Org.) *Unlocking digital competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*, 2019, p. 128.

<sup>28</sup> ECONÔMICA, Conselho Administrativo de Defesa. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*, 2020, p. 126-127.

<sup>29</sup> Como as plataformas digitais acabam por deter um *bottleneck power*, o novo regulador teria um papel de assegurar as condições competitivas do mercado, a coleta e o compartilhamento de bases de dados, a interoperabilidade dos sistemas, a restrição de abusos de tendências comportamentais dos usuários (como *sludges*), como também a criação de *open-standards* de promoção da concorrência nos mercados digitais. (ECONÔMICA, Conselho Administrativo de Defesa. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*, 2020, p. 127).

<sup>30</sup> Sec. 2, a (5).

<sup>31</sup> A Sec. 2, a (6) prevê: “CRITICAL TRADING PARTNER.—The term “critical trading partner” means a person that has the ability to restrict or materially impede the access of— (A) a business user to the users or customers of the business user; or (B) a business user to a tool or service that the business user needs to effectively serve the users or customers of the business user”.

<sup>32</sup> Sec. 3.

Diferentemente dos Estados Unidos, no âmbito da União Europeia, o enfrentamento dos casos envolvendo plataformas digitais passou a ser bem mais contundente, através de relevantes condenações em alguns casos<sup>33</sup>. Nesse contexto de maior preocupação com as condutas das plataformas digitais dominantes nos mercados digitais, como decorrência da implementação do *Digital Single Market* (DSM)<sup>34</sup>, passou-se a discutir algumas propostas de normatização, entre as quais destaca-se a Proposta de Regulamento<sup>35</sup>, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital (Regulamento Mercados Digitais), ou *Digital Market Act* (DMA).

Em linhas gerais, o DMA tem a finalidade de promover a inovação, uma elevada qualidade dos produtos e serviços digitais, preços justos e competitivos, bem como alta qualidade e capacidade de escolha para os utilizadores finais<sup>36</sup>, por meio da garantia da disputabilidade e da equidade dos mercados digitais, em que estejam presentes *gatekeepers* (denominados, na versão portuguesa do documento, de “controladores de acesso”).<sup>37</sup>

Assim, o DMA tem como objeto de regulação os serviços essenciais de plataformas prestados ou propostos por controladores de

---

<sup>33</sup> No caso *Google Shopping*, verificou-se o abuso de posição dominante por tratamento favorável, nas páginas gerais de resultados do *Google*, de *links* que remetiam aos seus próprios serviços de pesquisa especializada em detrimento dos *links* que direcionavam aos serviços de pesquisa especializada concorrentes. A Comissão Europeia impôs multa da ordem de mais de €2,4 bilhões, que fora mantida em Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), de 10 de novembro de 2021, no processo T-612/17, após recurso do *Google* e da *Alphabet* contra a Comissão. Outro exemplo pode ser visto no caso *Google AdSense*, em que restrições contratuais anticompetitivas foram consideradas como abuso de posição dominante no mercado de intermediação de anúncios de pesquisa *online*, o que fez a Comissão Europeia impor multa de aproximadamente €1,5 bilhão, no processo COMP/AT.40411, decisão contra a qual fora interposto recurso do *Google* e da *Alphabet* contra a Comissão (T-334/19), ainda não julgado pelo TJUE.

<sup>34</sup> A iniciativa de criação do Digital Single Market (DSM), em 2014, pela Comissão Europeia, decorreu do início da regulamentação dos mercados e serviços digitais pelos governos europeus, que poderia gerar impactos no mercado da União (CINI, Michelle; CZULNO, Patryk. Digital Single Market and the EU Competition Regime: An Explanation of Policy Change, *Journal of European Integration*, vol. 44, n. 1, fev. 2022, p. 44).

<sup>35</sup> O diploma legislativo “Regulamento” é diretamente aplicável aos Estados-Membros, não necessitando de transposição normativa.

<sup>36</sup> Considerando n. 79, da Exposição de Motivos do DMA.

<sup>37</sup> n. 1, art. 1º, DMA.

acesso (independente do seu estabelecimento) a utilizadores profissionais estabelecidos na União, ou a utilizadores finais estabelecidos ou situados na União, independentemente do direito aplicável à prestação de serviço.<sup>38</sup>

Os serviços essenciais de plataforma, por sua vez, são elencados n. 2, art. 2º, do DMA, tais como: a) serviços de intermediação *online*; b) motores de pesquisa *online*; c) serviços de redes sociais *online*; d) serviços de plataformas de partilha de vídeos; e) serviços de comunicações interpessoais independentes do número; f) sistemas operacionais; g) serviços de computação em nuvem; h) serviços de publicidade, incluindo qualquer rede de publicidade, serviço de trocas publicitárias ou outro serviço de intermediação publicitária, prestados por um prestador de qualquer dos serviços essenciais de plataforma enumerados nas alíneas a) a g).<sup>39</sup>

Já os controladores de acesso são os prestadores de serviços essenciais de plataformas que atendam aos requisitos cumulativos<sup>40</sup> de: (i) impacto significativo no mercado interno (considerando-se o faturamento anual, a capitalização em bolsa ou o valor justo de mercado); (ii) utilização como porta de acesso importante para os utilizadores profissionais alcançarem os utilizadores finais; (iii) detenção de uma posição enraizada e duradoura nas suas operações, ou se isso for previsível em um futuro próximo.

Em caso de atingimento desses limiares de enquadramento como *gatekeepers*, a plataforma deve notificar à Comissão, que designará o prestador de serviço como controlador de acesso, o qual passa a

---

<sup>38</sup> n. 2, art. 1º, DMA.

<sup>39</sup> A Comissão pode aditar a lista de serviços, mediante procedimento de investigação (art. 17º, DMA), através de ato delegado acompanhado de proposta de alteração de regulamento (igualmente em relação às práticas).

<sup>40</sup> n. 1, art. 3º, DMA.

se submeter às obrigações impositivas do art. 5º do DMA<sup>41</sup>, com possibilidade de imposição de outras obrigações suscetíveis de maior negociação, previstas no art. 6º do DMA.<sup>42 43</sup>

Nesse sentido, independentemente da prática de alguma conduta tida como ilícito concorrencial, aquela plataforma considerada como *gatekeeper* passa a se submeter a uma regulação *ex ante*, como meio de prevenção ao cometimento de alguma infração antitruste. Por conta disso, a forma que a plataforma que atinge os parâmetros para enquadramento como controlador de acesso<sup>44</sup> de não se sujeitar à aplicação do regulamento é justificar que não pode ser considerada *gatekeeper*, por questões estruturais do mercado, de vinculação tecnológica dos utilizadores profissionais ou finais, de barreiras à entrada do mercado, entre outros.<sup>45</sup>

Quanto especificamente às obrigações previstas no DMA, ainda que essas contenham modelos de prevenção para as condutas já conhecidas, como forma de abertura dos mercados e de impedimento à expansão do poder de mercado dos *gatekeepers*,<sup>46</sup> nota-se uma certa natureza de regulação estática, com olhar nas experiências pretéritas. Em razão disso, talvez fosse mais eficaz dispor de normas abertas, para que as obrigações fossem desenhadas em adaptação ao contexto de intenso desen-

---

<sup>41</sup> Por exemplo, a abstenção da combinação de dados pessoais obtidos a partir dos serviços essenciais de plataforma com outros provenientes de qualquer outro serviço prestado pelo controlador de acesso (alínea “a”, art. 5º, DMA), ou a permissão que os utilizadores profissionais oferecem aos finais, por serviços *online* de terceiros, com preços ou condições diferentes daqueles propostos através da plataforma do controlador de acesso (alínea “b”, art. 5º, DMA).

<sup>42</sup> A exemplo da possibilidade de desinstalação, pelos utilizadores finais, de aplicativos pré-instalados em seus serviços essenciais de plataforma (alínea “b”, n. 1, art. 6º, DMA), ou a permissão de instalação de lojas de aplicativos que utilizem ou interoperem com sistemas operacionais do controlador de acesso (alínea “b”, n. 1, art. 6º, DMA).

<sup>43</sup> Permite-se o diálogo com o controlador de acesso (Considerando n. 58, da Exposição de Motivos do DMA). Logo, pode-se reduzir o custo regulatório e aumentar a conformidade pelos controladores de acesso.

<sup>44</sup> n. 1 e 2, art. 3º, DMA.

<sup>45</sup> n. 6, do art. 3º, DMA, que também é utilizado para o enquadramento como controlador daqueles que não atingem os limiares objetivos da norma.

<sup>46</sup> MONTI, Giorgio. The Digital Markets Act: Institutional Design and Suggestions for Improvement, *TILEC Discussion Paper No. 2021-04*, fev. 2022, p. 3.



volvimento tecnológico e econômico desses mercados. Afinal, a regulação muito engessada pode obstar os ganhos de eficiência gerados pelas plataformas e, em última instância, pode ensejar uma perda de bem-estar.<sup>47</sup>

Ademais, é importante notar que a regulação dos *gatekeepers*, por força do n. 5, do art. 1º do DMA, é de competência exclusiva da União, através da atuação da Comissão Europeia<sup>48</sup>. Isso, contudo, não representa o afastamento de outros direitos da União e dos Estados-Membros, como o controle concorrencial *ex post* – previsto no art. 101º e 102º., Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), além de normatizações nacionais –, mas apenas para a regulação *ex ante* dos *gatekeepers* prestadores de serviços essenciais de plataforma.

Ainda na perspectiva europeia, é importante notar que o ordenamento jurídico alemão<sup>49</sup>, através de uma reforma legislativa de sua lei antitruste (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB*), adicionou a Seção 19a ao diploma normativo. E, a partir dessa modificação legal, a autoridade da concorrência alemã (*Bundeskartellamt - "FCO"*) passou a poder proibir algumas práticas de empresas declaradas como exercentes de atividade significativa nos mercados, que tenham uma importância primordial para a concorrência entre mercados.

Para essa qualificação, o ordenamento jurídico alemão leva em consideração: a) posição dominante em um ou vários mercados; b) sua

---

<sup>47</sup> “We consider that one of the main challenges in the implementation of the DMA is how to separate the positive efficiency and welfare gains that platforms generate through (data-driven) network effects from negative anti-competitive and welfare-reducing platform behaviour. Pro-competitive remedies should not undermine the efficiency gains of platforms”. (CABRAL, Luis *et al.* *The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts*. Luxemburgo: União Europeia, 2021, p. 7)

<sup>48</sup> “At the level of the European Union, it appears that the European Commission is best placed to introduce necessary adjustments for the antitrust analysis of digital markets through both its tried-and-tested soft law approach, as it is currently undertaking in the area of market definition, and through its role of preparing legislative proposals, a path it has taken when proposing the Digital Markets Act”. (ROBERTSON, Viktoria H.S.E. *Antitrust Law and Digital Markets: A Guide to the European Competition Law Experience in the Digital Economy*, fev. 2021, p. 24).

<sup>49</sup> No contexto prévio à aprovação do DMA, que talvez venha derrogar a previsão do Estado-Membro sujeito à normatização exclusiva da União Europeia.

solidez financeira ou de acesso a recursos; c) sua integração vertical e atividades em mercados relacionados; d) seu acesso a dados relevantes para a concorrência; e) relevância de suas atividades para o acesso de terceiros aos mercados de fornecimento e vendas, bem como a sua influência relacionada nas atividades comerciais de terceiros. Segundo a sua última atualização de junho de 2021, o rol das empresas que exercem atividade significativa nos mercados contempla a *Amazon*, a *Apple*, o *Facebook* e o *Google*.<sup>50</sup>

#### **4. A abordagem brasileira dos mercados digitais e a regulação preventiva**

Para a construção de um procedimento próprio da regulação dos mercados digitais no Brasil, deve-se partir do atual contexto de análise antitruste, para entender os desafios de elaboração de eventual proposta de uma regulação preventiva das condutas das plataformas digitais. Essa proposta regulatória, por sua vez, deve ter em conta fatores sociais, econômicos e normativos próprios da realidade brasileira, para construção de um modelo tendencialmente mais eficaz para o contexto nacional.

##### *4.1. O estado da arte no Brasil*

A realidade brasileira de apreciação dos casos envolvendo plataformas digitais representa um perfil mais conservador. Em relatório do CADE de 2021, no qual consta um levantamento da jurisprudência da autoridade sobre a matéria, demonstrou-se que, de 1995 a 2020, dezesseis investigações foram iniciadas nos mercados digitais, das quais seis

---

<sup>50</sup>

Conf. [https://www.bundeskartellamt.de/EN/Economicsectors/Digital\\_economy/digital\\_economy\\_node.html](https://www.bundeskartellamt.de/EN/Economicsectors/Digital_economy/digital_economy_node.html). Acesso em 15 de maio de 2022.

ainda se encontravam em instrução, nove foram arquivadas e, em apenas um restante, houve a assinatura de Termo de Cessação de Conduta.<sup>51</sup>

Por exemplo, no mesmo caso do Google Shopping, em que houve condenação no âmbito da União Europeia, o CADE entendeu que “o objeto destes autos se insere em contexto de inovação pró-competitiva, com o conseqüente incremento de valor à plataforma do Google por facilitar o *matching* entre os dois lados da plataforma – usuários buscando por produtos e anunciantes querendo vendê-los”<sup>52</sup>.

Já o único caso de TCC envolveu agências de viagem *online* (Decolar.com<sup>53</sup>, Booking.com<sup>54</sup> e Expedia.com<sup>55</sup>), através do qual ficou ajustada a cessação da prática de imposição de cláusula de paridade, a qual impede a venda ou promoção de bens e serviços em condições comerciais mais favoráveis em canal próprio ou em plataformas rivais.

A doutrina já realizou um exame crítico acerca das decisões do CADE<sup>56</sup>, de modo a sustentar a criação de critérios próprios para esse segmento, a partir de uma teoria do dado de restrições de acesso a ativos de inovação, que tem centralidade nas “barreiras que podem ser colocadas à obtenção dos inputs necessários ao funcionamento dos processos de inovação baseados em dados”.<sup>57</sup>

Do ponto de vista institucional, o CADE ainda segue o entendimento firmado pela sua jurisprudência, para uma menor intervenção nos mercados digitais. Nesse sentido, o atual Presidente da autarquia entende que “[t]eria que se criar uma agência reguladora dos mercados digitais.

---

<sup>51</sup> No mencionado estudo, verificou-se a predominância de casos envolvendo busca, comparação de preços e publicidade online (37,50%) e aplicativos de intermediação de transporte de passageiros (31,25%) (ECONÔMICA, Conselho Administrativo de Defesa. *Mercado de plataformas digitais*, 2021, p. 102-103).

<sup>52</sup> Parágrafo 613, do Voto do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, no Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94.

<sup>53</sup> Proc. 08700.005902/2017-11.

<sup>54</sup> Proc. 08700.006295/2017-07.

<sup>55</sup> Proc. 08700.006233/2017-97.

<sup>56</sup> FERNANDES, Victor Oliveira. *Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação*. São Paulo: RT, 2022, p. 321 ss.

<sup>57</sup> FERNANDES, Victor Oliveira. *Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação*. São Paulo: RT, 2022, p. 234.

O Cade não vai fazer regulação em mercado digital”.<sup>58</sup> Contudo, esse posicionamento pode suscitar algumas críticas acerca da criação de uma autoridade própria para a regulação dos mercados digitais.

Inicialmente, a concepção de uma nova autoridade requer uma previsão normativa, que depende do moroso processo legislativo brasileiro.<sup>59</sup> Além disso, a criação de uma nova agência reguladora implicaria na elevação de despesas em um contexto de crise econômica e da implementação do teto de gastos<sup>60</sup>. Por fim, a existência de um regulador muito específico e um número bastante reduzido de agentes econômicos regulados (com elevado poder social e econômico) pode elevar, ainda mais, o risco de captura.<sup>61</sup>

Como o entendimento menos interventivo do CADE pode sofrer uma mudança decorrente da tendência de manutenção de competência da autoridade da concorrência<sup>62</sup>, deve-se ter em conta a realidade nacional para a proposta de um modelo que siga a trajetória das *better practices* adotadas desde a implementação da atual lei concorrencial.<sup>63</sup>

De todo modo, considerando o posicionamento da jurisprudência do CADE de uma abordagem menos interventiva dos casos envolvendo plataformas digitais, conforme visto anteriormente, percebe-se

---

<sup>58</sup> CAMAROTTO, Murillo. Cade vai optar pela ortodoxia em decisões, *Valor Econômico*, 15 de julho 2021.

<sup>59</sup> Veja-se, por exemplo, que a atual Lei de Defesa da Concorrência tramitou por mais sete anos até a sua promulgação. Informação obtida em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=260404>.

<sup>60</sup> Emenda Constitucional n. 95, de 15 de dezembro de 2016.

<sup>61</sup> STIGLER, George J. The theory of economic regulation. In: George J. Stigler. *The Citizen and the State: Essays on Regulation*. Chicago: University of Chicago Press, 1971.

<sup>62</sup> Exemplos da União Europeia, da Alemanha e dos Estados Unidos.

<sup>63</sup> Observando-se o dilema das instituições ou políticas de defesa da concorrência de um país entre as *best practices* (modelo ideal como meta, com importação acrítica, para convergência de um mesmo destino jurídico-institucional) e as *better practices* (caminho de descoberta, em razão de um contexto institucional específico), conclui-se que o Brasil optou pelo segundo caminho durante a implementação da Lei n. 12.520/2011 (CARVALHO, Vinicius Marques de. A Política de Defesa da Concorrência Quatro Anos Depois: Ainda em Busca de Melhores Práticas? In: CARVALHO, Vinicius Marques de. (Org.) *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015, p. p. 13-29).

que haverá uma grande dificuldade de movimento da autoridade da concorrência no sentido contrário à regulação *ex post* conservadora, sobretudo a partir da defesa atual da criação de uma autoridade específica.

Em todo caso, nota-se que o desafio antitruste sobre como intervir e de que forma justificar uma intervenção nos mercados digitais é ainda incipiente, mas a literatura “sugere que as preocupações com a concorrência em relação aos ecossistemas digitais seriam mais bem tratadas por meio de uma regulação digital *ex ante*”<sup>64</sup>. Portanto, o ordenamento brasileiro deve atentar para a possibilidade de uma regulação preventiva de condutas anticoncorrenciais praticadas em mercados digitais no país, o que se tentará delinear, de modo inicial, a seguir.

#### 4.2. A possibilidade de regulação preventiva no Brasil

Como visto anteriormente, a criação de uma regulação preventiva de condutas anticoncorrenciais nos mercados digitais brasileiros deve levar em consideração o contexto nacional para a adoção das *better practices*.

Desse modo, o presente artigo pretende, com todas as limitações de uma abordagem ainda incipiente, suscitar uma hipótese regulatória que contemple: a) a realidade nacional, com limitações orçamentárias para a criação de uma autoridade reguladora dos mercados digitais, ou mesmo a ampliação do escopo e da estrutura de agências reguladoras como a Anatel<sup>65</sup>; b) a lentidão do processo legislativo para modificação de uma norma que, em face das próprias mudanças econômico-tecnológicas, pode se tornar obsoleta antes mesmo de sua vigência; c) a percepção internacional de que o tempo para regulação e análise das eventuais condutas anticoncorrenciais das plataformas digitais deve ser rápido e, prioritariamente, deve ocorrer *ex ante*, como forma de gerar menores danos à concorrência; d) a abordagem holística da regulação, que deve ter

---

<sup>64</sup> RESENDE, Guilherme Mendes. Ecossistemas digitais e o antitruste, *Consultor Jurídico*, São Paulo, 09 jul. 2021.

<sup>65</sup> Vide Projeto de Lei n. 2.768/2022, proposta pelo Deputado João Maia do Partido Liberal do Rio Grande do Norte.

presente nuances complexas e próprias dos mercados digitais; e) a utilização do instrumental normativo pré-existente, para uma célere construção de um procedimento preventivo no país.

Assim, busca-se uma forma de uma implementação de uma regulação preventiva (e não apenas *a posteriori*<sup>66</sup>), imediata (já que os eventuais danos já podem estar ocorrendo nos mercados), flexível (uma vez que os mercados digitais necessitam de uma adaptabilidade regulatória ainda maior, em face do elevado dinamismo econômico e tecnológico), holística (que envolva indispensavelmente a autoridade de proteção de dados, assim como outros atores importantes) e prioritariamente consensual (uma vez que os custos de conformidade passam a ser menores e os questionamentos dos regulados passam a ter uma margem argumentativa menor, já que esses participam do processo regulatório).

#### 4.2.1. Da instituição de um Comitê da ANPD e do CADE

Primeiramente, é importante destacar que, em face das características das plataformas digitais analisadas anteriormente, não faz sentido uma regulação de mercados digitais – nos quais os dados dispõem de papel central – sem a participação da agência reguladora de proteção de dados.

Ocorre que, a autoridade de proteção de dados isoladamente não teria a expertise de uma abordagem concorrencial, mas, ao mesmo tempo, sem a cooperação desta, a promoção da concorrência nos mercados digitais se torna insuficiente. Nesse sentido, para a participação de ambas as autoridades (de proteção de dados e da concorrência) na regulação dos mercados digitais, deve-se buscar de uma autorização normativa, porquanto o atual trabalho se propôs a utilizar instrumental normativo pré-existente e não a formular projetos de legislação.

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), instituída a partir da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), então órgão da administração pública federal,

---

<sup>66</sup> A regulação *ex post* das condutas está prevista no art. 36, da Lei n. 12.529/2011 e não será detalhada na proposta do presente trabalho.

integrante da Presidência da República, a partir da edição da Medida Provisória nº 1.124, de 13 de junho de 2022, que alterou o art. 55-A da LGPD, teve modificada a sua natureza jurídica para “autarquia de natureza especial, dotada de autonomia técnica e decisória, com patrimônio próprio e com sede e foro no Distrito Federal”.

Assim sendo, a ANPD passa a ser considerada uma agência reguladora, caracterizada pela sua “autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação”<sup>67</sup>. E, a partir do enquadramento da ANPD no conceito legal de agência reguladora, essa se submete à aplicação do quanto disposto na Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 (Lei das Agências Reguladoras), por força do parágrafo único de seu art. 2º.<sup>68</sup>

Desse modo, em sendo aplicável a Lei Geral das Agências Reguladoras Federais (LGARF) à ANPD, para além dos deveres esperados de cooperação, com troca de experiências com o CADE, bem como auxílio a essa autoridade de defesa da concorrência<sup>69</sup>, deve-se atentar para a orientação de instituição de comitês entre a agência reguladora e o CADE, na conformidade do art. 30, da LGARF.

Consoante o art. 30 da LGARF, há a possibilidade de instituição, pelas agências reguladoras (como a ANPD), de comitês para o intercâmbio de experiências e informações entre essas e/ou órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), com vistas à elaboração de orientações e procedimentos comuns nas respectivas competências regulatórias, como também para permitir consultas recíprocas, quando da edição de normatizações que gerem mudanças nas condições dos setores regulados.

Nesse passo, entende-se pela criação do Comitê de Mercados Digitais entre a ANPD e o CADE, que seria um fórum de discussão e formu-

---

<sup>67</sup> Art. 3º, Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019.

<sup>68</sup> *In verbis*: “[...] aplica-se o disposto nesta Lei às autarquias especiais caracterizadas, nos termos desta Lei, como agências reguladoras e criadas a partir de sua vigência”.

<sup>69</sup> Arts. 25 e 26, da LGARF.

lação acerca de um interesse comum relacionado aos mercados digitais. Assim, para contemplar uma visão mais holística (com diferentes visões e atuações) e consensual, sugere-se a participação de outros membros, o que se assemelha a outros comitês<sup>70</sup>.

Afinal, a complementaridade entre o Direito da Concorrência e outros ramos jurídicos deve ensejar uma coordenação, para um melhor ajuste ou reinterpretação das normas para a nova realidade econômica.<sup>71</sup> Portanto, a tutela dos usuários das plataformas com posição dominante deve considerar a harmonização de questões de privacidade, *enforcement* concorrencial e políticas de proteção dos consumidores e dos dados.<sup>72</sup>

No presente trabalho, entende-se pela inclusão dos seguintes participantes no Comitê de Mercados Digitais: a) representante da ANPD; b) representante do CADE; c) representante da Secretaria Nacional do Consumidor e/ou PROCONS; d) representante de plataformas digitais; e) representante do Ministério Público Federal (por ser *custos legis* e diante da atribuição do art. 20, da Lei de Defesa da Concorrência).

Então, com vistas à regulação preventiva do setor, o Comitê poderia editar orientações gerais ao mercado<sup>73</sup>, intermediar consultas entre as autoridades, mas também elaborar propostas de termos de ajustamento de condutas dos agentes econômicos, de acordo com os parâmetros indicados do tópico a seguir.

---

<sup>70</sup> Vide o exemplo da composição diversa dos comitês das bacias hidrográficas, conforme previsão art. 39, da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que incluem representantes da União, assim como dos Municípios, dos Estados e do Distrito Federal que tenham territórios nas bacias, dos usuários das águas da respectiva bacia e das entidades civis de recursos hídricos com atuação comprovada na bacia.

<sup>71</sup> CRÉMER, Jacques *et al.* *Competition Policy for the digital era: final report*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2019, p. 125-126.

<sup>72</sup> “Anyway, it seems pertinent to adopt a comprehensive approach to privacy concerns, trying to harmonise competition enforcement and consumer and data protection policies in order to choose the proper way to protect the users of platforms with a dominant position”. (PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Digital economy, big data and competition law, *Market and Competition Law Review*, vol. III, n. 1, 2019, p. 83-84)

<sup>73</sup> O Relatório Crémer sustenta que as autoridades de concorrência podem contribuir para o melhor funcionamento da economia digital a partir do fornecimento de diretrizes, as quais devem ser atualizadas constantemente, diante da rápida evolução do setor (CRÉMER, Jacques *et al.* *Competition Policy for the digital era: final report*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2019, p. 126).



Como consequência, entende-se que haveria uma significativa redução do custo de conformidade de atuação, com base no que seria consensualmente definido juntamente com os agentes econômicos. Além disso, haveria um impacto relevante na redução dos custos de regulação pelos diversos agentes direta ou indiretamente relacionados aos mercados digitais, para a maior efetividade regulatória, mas sem obstar o desenvolvimento econômico e tecnológico do setor.

#### *4.2.2. Da regulação preventiva a partir de termos de ajustamento*

De acordo a proposta ora desenvolvida, o Comitê de Mercados Digitais teria uma função de orientação genérica, mas também direcionada aos agentes econômicos mais relevantes. Isso se daria a partir de elaboração de proposta de termos de ajustamento (*lato sensu*), que incluiria: a) o Termo de Compromisso de Cessação (TCC), para um caso específico sob investigação, a teor do art. 85 e seguintes da Lei n. 12.529/2011 (LDC); b) do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) abrangente, proposta aos agentes econômicos relevantes do mercado de plataforma digital, para conformação abstrata dos atores do mercado, com vistas às melhores práticas ou à adequação da prestação de serviço, em conformidade com as deliberações do próprio comitê.

A proposta de TCC, que apenas pode ser apresentada uma única vez<sup>74</sup>, seja pela Superintendência-Geral<sup>75</sup> ou pelo Conselheiro<sup>76</sup>, somente tem lugar no âmbito de procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica, de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica, ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica<sup>77</sup>. Nessa proposta, que necessita de aprovação pelo Plenário do Tribunal do CADE<sup>78</sup>, para além da fixação de multa

---

<sup>74</sup> § 4º, art. 85, LDC.

<sup>75</sup> Inciso IX, art. 13, LDC.

<sup>76</sup> Inciso IX, art. 11, LDC.

<sup>77</sup> Art. 85, *caput*, LDC.

<sup>78</sup> Inc. V, art. 9º, LDC.

por descumprimento ou em decorrência da própria celebração do termo, deve conter “a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos”,<sup>79</sup> como também outras obrigações correlatas.

Portanto, a partir da elaboração da proposta de TCC pelo Comitê de Mercados Digitais, que seria apresentada pelas autoridades supramencionadas (Superintendência-Geral ou Conselheiro), seguir-se-ia os trâmites idênticos da Lei n. 12.529/2011. A mudança, pois, estaria apenas na construção da proposta de TCC, que seria debatida e concebida pelo Comitê do qual o CADE faz parte, inclusive tendendo a reduzir eventuais custos de coordenação entre as diversas autoridades diretamente relacionadas à atuação nos mercados digitais, para a melhor conformação dos agentes econômicos.

A segunda hipótese de TAC celebrado pelo CADE, por mais que possa parecer incomum, tem previsão normativa específica na Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. O mencionado diploma legislativo dispõe sobre a ação civil pública, tendo como um dos objetos de reparação os danos por infração à ordem econômica<sup>80</sup>. Desse modo, quaisquer das autoridades públicas legitimadas a propor a ação civil pública podem celebrar termo de ajustamento de conduta, a teor do § 6º, do art. 5º, da referida lei. Entre essas autoridades, estão autarquias como o CADE e a ANPD. Logo, há permissivo legal para a celebração do TAC, para além do TCC.

Ainda que seja possível a celebração de TAC, diante do mais conhecido modelo do referido termo, pode-se entender que não seria possível a celebração de um ajuste com previsões genéricas e que, portanto, o TAC teria a mesma natureza do TCC (conduta específica sob investigação). Ocorre que, a possibilidade de celebração de TAC de natureza genérica tem precedente normativo no ordenamento jurídico brasileiro, na Resolução da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) nº 199, de

---

<sup>79</sup> Inciso I, do § 1º, do art. 85, da LDC.

<sup>80</sup> Inciso V, art. 1º, da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.

13 de setembro de 2011, a qual estabelece os procedimentos para a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta no âmbito da ANAC.

De acordo com o art. 2º da mencionada normatização, o TAC é o instrumento celebrado entre a ANAC e os agentes regulados, no qual ficam estabelecidas medidas corretivas e prazo para adequação da conduta dos agentes às exigências normativas (inciso I) e às melhores práticas garantidoras da segurança operação ou da manutenção da adequação do serviço público prestado (inciso II). Nessa última alternativa, por força do § 2º do referido artigo, dispõe-se que “o TAC poderá ser celebrado ainda que as condutas nele especificadas não configurem infração administrativa”.

Portanto, seguindo-se o modelo da ANAC, o TAC de melhores práticas do CADE deve ser elaborado pelo Comitê de Mercados Digitais e apresentado, por simetria normativa, pela Superintendência-Geral<sup>81</sup>. Logo, o TAC seria celebrado com os agentes econômicos para a adequação às melhores práticas definidas nas orientações do Comitê e/ou para manutenção dos parâmetros de atuação que respeitem a defesa da concorrência e a proteção de dados.<sup>82</sup> Igualmente por simetria, o TAC deve ser aprovado pelo Plenário do Tribunal do CADE.

Assim, a partir de um ato normativo do CADE juntamente com a ANPD, pode-se criar um Comitê de Mercados Digitais, com função de edição de orientações, como também a elaboração de propostas de TCC e TAC, para a conformação prévia ou concomitante à prática das plataformas digitais (regulação prévia a partir de termos de ajustamento).

Por sua vez, em caso de descumprimento do TCC, deve-se aplicar as sanções previstas no termo, bem como prosseguir o procedimento admi-

---

<sup>81</sup> Já que não haveria Conselheiro-Relator para comportamento não investigado como infração administrativa.

<sup>82</sup> Por exemplo, pode-se ajustar a implementação de *blockchain*, pois a armazenagem dos dados pode ficar na *blockchain* privada do usuário, ou segmentado em muitos *hard drives* em toda a rede *blockchain*. Nessa linha de entendimento, v. SCHREPEL, *Thibault*. Is blockchain the death of antitrust law? The blockchain antitrust paradox, *Georgetown Law Technology Review*, 2019, p. 301.

nistrativo e demais medidas administrativas e judiciais para a sua execução<sup>83</sup>. Já no caso de seu indeferimento, ou seja, “quando a autoridade não chegar a um acordo com os representados quanto aos seus termos”<sup>84</sup>, igualmente deve se continuar o procedimento administrativo acerca da conduta específica.

A seu turno, no caso de descumprimento do TAC, deve-se aplicar as sanções constantes no termo, bem como deve-se eventualmente instaurar procedimento administrativo ou judicial, com vistas à execução do ajuste.

De qualquer sorte, para o incentivo à celebração dos ajustamentos de conduta elaborados pelo Comitê e propostos e aprovados pelos órgãos do CADE (regulação preventiva), a política de aplicação de sanções administrativas em mercados digitais, para a hipótese de controle de condutas (regulação *a posteriori*), deve seguir os patamares próximos aos máximos permitidos pela lei, seja pela complexidade de análise do mercado, como também como uma forma de focalização dos comportamentos dos agentes econômicos à celebração dos ajustes prévios.

## 5. Considerações finais

O presente estudo analisa a questão das plataformas digitais e suas implicações para a concorrência, a partir da identificação das preocupações concorrenciais atreladas à figura, examina as propostas internacionais de abordagem de regulação das condutas das plataformas digitais, particularmente a da União Europeia.

Desse modo, partindo-se de uma visão ampla sobre os problemas concorrenciais atrelados ao comportamento das plataformas digitais, observou-se o contexto brasileiro de abordagem concorrencial dessas figuras, que é marcado por uma perspectiva mais conservadora de compreensão da atuação dos agentes econômicos, em contrariedade com outros ordenamentos, como o europeu.

---

<sup>83</sup> § 11, art. 85, LDC.

<sup>84</sup> § 13, art. 85, LDC.

Nesse passo, para a construção de um modelo de regulação preventiva aos comportamentos das plataformas digitais, sugeriu-se uma implementação de *better practices*, levando-se em conta a realidade nacional, a morosidade do processo legislativo, a percepção internacional de que a regulação deve ocorrer *ex ante*, a necessidade de uma abordagem holística dessa regulação, assim como a utilização do instrumental normativo pré-existente, para uma célere implementação no contexto brasileiro.

Então, considerando-se que a ANPD passou a ter o *status* recentemente de agência reguladora, para fins da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, entendeu-se pela possibilidade de aplicação do art. 30 do mencionado diploma legislativo, para a criação de um Comitê de Mercados Digitais da ANPD juntamente com o CADE, com vistas à formulação de diretrizes e à união de procedimentos comuns regulatórios.

Como uma forma de garantir uma melhor efetividade, sugeriu-se a participação no referido comitê não apenas de representantes da ANPD e do CADE, como também de membro da Secretaria Nacional do Consumidor e/ou PROCONS, de representante plataformas digitais e de um membro do Ministério Público Federal.

O Comitê de Mercados Digitais, além da formulação de diretrizes para os mercados digitais, poderia ter um papel central na formulação de uma regulação preventiva a ser efetivada pelo CADE, através de Termo de Compromisso de Cessação (TCC), para um caso específico sob investigação, ou de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), relativo às melhores práticas definidas pelo próprio Comitê.

Portanto, o Comitê de Mercados Digitais seria o órgão de elaboração dos parâmetros de ajuste (TCC e TAC) do CADE com os agentes econômicos, que são propostos por esta autarquia e aprovados pelo Plenário do seu Tribunal.

Nesse passo, ainda que não se possa desprezar a regulação *ex post*, a implementação de uma regulação preventiva (*ex ante*) pode ter o condão de reduzir os eventuais danos à concorrência, uma vez que as práticas das plataformas digitais estarão sempre sendo monitoradas e conduzidas não

apenas para a defesa da concorrência, mas igualmente de modo pró-competitiva nos mercados digitais.

Enfim, é importante salientar que a presente proposta se trata apenas de uma reflexão inicial, que poderá ser modificada, contestada e refutada a partir de um estudo mais aprofundado sobre os meios de regulação preventiva das condutas nos mercados digitais do Brasil.

## Referências

ALEMANHA, República Federal da. *Competition Act – GWB*. Disponível em: < [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_gwb/](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/)>. Acesso em 15 de maio de 2022.

AMÉRICA, Estados Unidos da América. *S.2992 - American Innovation and Choice Online Act*, 2021. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/2992>>. Acesso em 22 de junho de 2022.

BRASIL, República Federativa do. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1985.

\_\_\_\_\_. 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. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2011.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2019.

CABRAL, Luis, *et al.* *The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts*. Luxemburgo: União Europeia, 2021. Disponível em: <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/329fb9b1-6c1a-11eb-aeb5-01aa75ed71a1/language-en>>. Acesso em 15 de maio de 2021.

CAMAROTTO, Murillo. Cade vai optar pela ortodoxia em decisões, *Valor Econômico*, 15 de julho 2021. Disponível em: <<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2021/07/15/cade-vai-optimar-pela-ortodoxia-em-decisoes.ghtml>>. Acesso em 31 de maio de 2022.

CARVALHO, Vinicius Marques de. A Política de Defesa da Concorrência Quatro Anos Depois: Ainda em Busca de Melhores Práticas? In: CARVALHO, Vinicius Marques de. (Org.) *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015, p. 13-29.

CINI, Michelle; CZULNO, Patryk. Digital Single Market and the EU Competition Regime: An Explanation of Policy Change, *Journal of European Integration*, vol. 44, n. 1, fev. 2022, p. 41-57. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/07036337.2021.2011260?scroll=top&needAccess=true>>. Acesso em 01 de junho de 2022.

CIVIL, Agência Nacional de Aviação. *Resolução nº 199, de 13 de setembro de 2011*.

CRÉMER, Jacques *et al.* *Competition Policy for the digital era: final report*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2019. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>. Acesso em 25 de julho de 2022.

ECONÔMICA, Conselho Administrativo de Defesa. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*, 2020. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrencia-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>>. Acesso em 01 de junho de 2022.

\_\_\_\_\_. *Mercado 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 01 de junho de 2022.

\_\_\_\_\_. Voto do Relator Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, *Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94*, 19 de junho de 2019.

ECONÔMICO, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento. *Going Digital in a Multilateral World: An Interim Report to Ministers*, 2018. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DSTI/CDEP/GD\(2018\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DSTI/CDEP/GD(2018)2/en/pdf)>. Acesso em 31 de maio de 2022.

\_\_\_\_\_. *Competition issues in digital ecosystems*, 2021. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/competition-economics-of-digital-ecosystems.htm>>. Acesso em 31 de maio de 2022.

EUROPEIA, Comissão. *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital (Regulamento Mercados Digitais)*, Bruxelas, 15 de dez. de 2020. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=pt>>. Acesso em 15 de maio de 2022.



EVANS, David, SCHMALESNSEE, Richard. *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platform*. Boston: Harvard Business Review Press, 2016.

FERNANDES, Victor Oliveira. *Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação*. São Paulo: RT, 2022.

FURMAN, Jason (Org.) *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 15 de maio de 2022.

GERADIN, Damien. *What is a digital gatekeeper? Which platforms should be captured by the EC proposal for a Digital Market Act?* fev., 2021. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3788152](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3788152)>. Acesso em 15 de maio de 2022.

JACOBIDES, Michael G.; CENNAMO, Carmelo; GAWER, Annabelle. Towards a Theory of Ecosystems, *Strategic Management Journal*, vol. 39, n. 8, 2018, p. 2255–2276. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/smj.2904>. Acesso em 31 de maio de 2022.

MONTI, Giorgio. The Digital Markets Act: Institutional Design and Suggestions for Improvement, *TILEC Discussion Paper No. 2021-04*, fev. 2022. Disponível em: [https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition\\_in\\_digital\\_markets.pdf](https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf)). Acesso em 31 de maio de 2022.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Digital economy, big data and competition law, *Market and Competition Law Review*, vol. III, n. 1, 2019, p. 53-89.

\_\_\_\_\_. *Direito da concorrência, plataformas digitais e dados pessoais*. Tese (concurso Livre-docente em direito comercial). São Paulo, set. de 2021.

RESENDE, Guilherme Mendes. Ecosistemas digitais e o antitruste, *Consultor Jurídico*, São Paulo, 09 jul. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-09/defesa-concorrencia-ecossistemas-digitais-antitruste>>. Acesso em 01 de junho 2022.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Platform Competition in Two-Sided Markets, *Journal of the European Economic Association*, vol. 1, n. 4, jun. 2003, p. 990–1029.

ROBERTSON, Viktoria H.S.E. *Antitrust Law and Digital Markets: A Guide to the European Competition Law Experience in the Digital Economy*, fev. 2021. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3631002>>. Acesso em 25 de julho de 2022.

SCHREPEL, *Thibault*. Is blockchain the death of antitrust law? The blockchain antitrust paradox, *Georgetown Law Technology Review*, 2019, p. 281-338.

STATE, Stigler Center for the Study of the Economy and. *Stigler Committee on Digital Platforms: Final report*, 2019. Disponível em: <<https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf> >. Acesso em 25 de julho de 2022.

STIGLER, George J. The theory of economic regulation. In: George J. Stigler. *The Citizen and the State: Essays on Regulation*. Chicago: University of Chicago Press, 1971.

## ENCONTRANDO A CABEÇA DE BACALHAU DO ANTITRUSTE: COMO OS SUBSÍDIOS GOVERNAMENTAIS PODEM MUDAR AS INVESTIGAÇÕES DE PREÇOS PREDATÓRIOS?

*Finding the antitrust ‘codfish head’: how government subsidies can  
change the investigations of predatory pricing?*

Amanda Athayde<sup>1</sup>

Luis Henrique Perroni Fernandes<sup>2</sup>

**Resumo:** A história revela um único caso, em 1987, em que a autoridade concorrencial brasileira condenou a prática de preços predatórios. Sob a Lei nº 12.529/2011, o CADE não decidiu pela condenação em nenhum dos vários casos em que investigou. Há uma mística em torno deste assunto no Brasil, que inclusive foi de forma bem-humorada chamado de ‘cabeça de bacalhau’ do antitruste. Mas será esse o destino dos preços predatórios no Brasil? O presente artigo desafia a condição imposta por muitos de que representações ao CADE relacionadas a preços predatórios estão fadadas ao insucesso, ao apresentar evoluções recentes no contexto internacional, sobretudo na Europa, em situações envolvendo a concessão de subsídios governamentais. Trata-se de um novo ângulo, esperamos que mais arejado, sobre o assunto, que tem como objetivo inspirar mudanças na forma como a prática de preços predatórios é investigada atualmente no Brasil.

**Palavras-chave:** Preços Predatórios; Brasil; Cenário Internacional; Subsídios Governamentais; Análise concorrencial.

**Abstract:** The records show only one single case, in 1987, in which Brazilian antitrust authorities condemned predatory pricing. Under Law 12,529/2011, CADE has never convicted companies nor individuals in the

---

<sup>1</sup> Amanda Athayde é professora doutora adjunta na UnB de Direito Empresarial, concorrência, comércio internacional e compliance, consultora no Pinheiro Neto, 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, autora de livros, organizadora de livros e autora de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, Direito da Concorrência, comércio internacional, compliance, acordos de leniência, anticorrupção, defesa comercial e interesse público. Lattes:

<sup>2</sup> Luís Henrique Perroni Fernandes é bacharel em Direito pela PUC-SP, mestre em Direito pela University of Pennsylvania Carey Law School e advogado sênior de Pinheiro Neto Advogados, com atuação nas áreas de Direito Econômico, Direito da Concorrência, Defesa Comercial e Compliance.

several investigations undertaken. There is a mystic around predatory pricing in Brazil, being humorous called by “codfish head” of the antitrust. Is this the destiny of predatory pricing in Brazil? This paper challenges the many views in the sense that the accusations of predatory in Brazil to CADE are doomed to failure by presenting new developments in the international outlook, especially in Europe, concerning the concession of government subsidies. It is an innovative angle, we hope fresher, regarding this topic that aims at inspiring changes in the way that predatory pricing is currently persecuted in Brazil.

**Keywords:** Predatory Prices; Brazil; International Landscape; Governmental Subsidies; Competition Analysis.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Breve Histórico dos Preços Predatórios no Brasil: Como Sumiu a Cabeça do Bacalhau. 3. Novos Movimentos Sobre Preços Predatórios no Exterior e Como Encontrar a Cabeça do Bacalhau Diante de Subsídios Governamentais. 4. Considerações Finais.

## 1. Introdução

A prática de preços predatórios já foi considerada como a cabeça de bacalhau do antitruste.<sup>3</sup> Também poderia ser considerada a infração antitruste caviar, *a la Zeca Pagodinho*, “*nunca vi, não comi, eu só ouço falar*”. Isso porque, apesar de ser muito comentada por empresários queixosos da concorrência e sempre explicada nos bancos das universidades, a prática de preços predatórios encontra um dilema entre a teoria e a prática. Explico.

A prática de preço predatório consiste na venda de mercadorias ou prestação de serviços a preços injustificadamente abaixo do custo, conforme define o inciso XV do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011. Trata-se de conduta com potencial de infringir a ordem econômica, na medida em que a prática intencional de preços excessivamente reduzidos permite que a empresa predadora prejudique a concorrência e ganhe (ou mantenha) poder de mercado por meio da exclusão de concorrentes, ou do desincentivo para que novas

---

<sup>3</sup> JASPER, Eric Hadmann. CAUHY, Bárbara de’Carli. Cabeça de bacalhau do antitruste. Portal Jota, 10 Dez. 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/cabeça-de-bacalhau-do-antitruste-10122022>

empresas entrem no mercado. Com isso, há uma limitação à livre concorrência e à livre iniciativa, além de um aumento artificial e predatório de lucros e de participação de mercado.

Para ser capaz de praticar preços abaixo do seu custo, a empresa predadora deve também ser capaz de internalizar os custos excedentes e os prejuízos temporários decorrentes da redução injustificada, para que possa recuperá-los futuramente, com o que se consuma a prática anticoncorrencial. A ilicitude não está no comportamento em si (diminuição de preços), mas sim na estratégia anticompetitiva, tendente a eliminar o concorrente do mercado.

Nos termos do Anexo I da Resolução nº 20/1999 do CADE<sup>4</sup>, os preços predatórios são definidos como práticas restritivas horizontais, cujo objetivo é reduzir ou eliminar a concorrência no mercado. É conceituada, em geral, como uma prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando a eliminar concorrentes para, em momento posterior, poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolista. O exame do preço predatório requer, segundo o documento, análise detalhada das condições efetivas de custos e do comportamento dos preços ao longo do tempo para afastar a hipótese de práticas sazonais normais (como descontos para desova de estoque, por exemplo) ou de outras políticas comerciais legítimas da empresa (como estratégias de entrada, por exemplo), além da análise de comportamento estratégico, avaliando-se as condições objetivas de ganhos futuros potencialmente extraordinários suficientemente elevados e capazes

---

<sup>4</sup> Apesar de a Resolução 20/1999 do CADE ter sido revogada pela Resolução 45/2007 do CADE, o Anexo I não foi expressamente revogado, de modo que se tem entendido que permanece como documento válido para auxiliar na interpretação de práticas restritivas à concorrência. Tomaremos o guia constante do Anexo I em consideração, mas não como orientação determinante, também pelas críticas que lhe foram dirigidas pelo próprio Departamento de Estudos Econômicos do próprio CADE, conforme se verá adiante. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=96756>. Nota-se que o fato de o CADE ter recentemente republicado o Guia para a Análise Econômica da prática de Preços Predatórios por meio da Portaria CADE nº 104/2022, sem ter feito alteração substantiva, é firme indicativo de que o CADE não deve, pelo menos no curto e médio prazo, alterar a forma como analisa os preços predatórios.

de compensar as perdas decorrentes das vendas abaixo do custo (o prejuízo ocorrido durante o período de predação constituiria um “investimento” a ser compensada por lucros extraordinários futuros).<sup>5</sup> Trata-se, assim, de análise de longo prazo.<sup>6</sup>

Por sua vez, o Anexo da Portaria 104/2022 do CADE apresenta um Guia para a Análise Econômica da prática de Preços Predatórios, que substituiu a Portaria SEAE nº 70/2002. O conteúdo de ambas é o mesmo, mas houve adaptações para refletir os dispositivos da Lei nº 12.529/2011.<sup>7</sup> O Guia está dividido em cinco seções que contêm as cinco etapas de análise recomendadas pelo CADE para a correta aferição da prática de preços predatórios. São apresentados diferentes cenários hipotéticos e, na sequência de cada um deles, o Guia aponta as razões pelas quais a prática de preços predatório estaria ou não caracterizada. Além da relação entre custo médio total de produção e preço, o Guia indica que é preciso levar em consideração a estrutura do mercado afetado ao analisar se determinados preços são predatórios. Assim, condições de entrada, condições de oferta e capacidade de financiamento são elementos a serem examinados pelo CADE. De acordo com o referido Guia, para avaliar se uma conduta de preço predatório representa um ilícito concorrencial, é necessário (i) definir um mercado relevante; (ii) no qual as entradas não são fáceis; (iii) há capacidade ociosa; (iv) a empresa acusada tenha condições de financiamento; e (v) o preço seja inferior ao custo variável médio, sabe-se que (vi) sem que exista uma justificativa, como contração repentina da demanda ou excesso repentino de capacidade.

Reconhece-se que a prática de preços predatórios é uma prática anticoncorrencial de maior dificuldade de comprovação e persecução por parte de autoridades antitruste no mundo, em vista de sua complexa metodologia e elevado padrão de prova, agravada pelo fato de lidar diretamente com a liberdade de precificação por parte dos agentes de mercado, elemento

---

<sup>5</sup> Item A.4 do Anexo I da Resolução 20/1996 do CADE.

<sup>6</sup> Item B.3.1.1. do Anexo I da Resolução 20/1996 do CADE.

<sup>7</sup> A Portaria SEAE nº 70/2002 está disponível em: [https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/portarias/Portaria70\\_2002.pdf](https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/portarias/Portaria70_2002.pdf).

que as autoridades antitruste, nelas incluído o CADE, relutam em interferir. Com efeito, são poucos os casos estrangeiros sobre preço predatório.

Apesar do cenário conceitual ora apresentado, a prática antitruste brasileira tem sido reticente com investigações de preços predatórios. Conforme *spoiler* apontado por Jasper e Cauhy, temos um precedente histórico de preços predatórios no Brasil. Para que se possa entender a evolução desse tema, o *Capítulo II* apresentará alguns dos principais casos de preços predatórios no Brasil, explicando como chegamos ao cenário de considerar essa prática a cabeça de bacalhau do antitruste. Em seguida, no *Capítulo III*, visando a contribuir com o avanço da discussão, apresentaremos evoluções recentes no contexto internacional sobre essa prática, em especial sob o ponto de vista dos subsídios governamentais. Com esse novo olhar, serão traçadas primeiras linhas de como ambos os temas se encontram e como novos casos de preço predatório podem surgir diante de um aumento global na concessão de subsídios governamentais. Talvez possamos, enfim, enxergar a cabeça do bacalhau.

## **2. Breve histórico dos preços predatórios no Brasil: como sumiu a cabeça do bacalhau**

Em relação aos precedentes, há registro de uma única condenação datada de 1987 em que o CADE concluiu, após representação da empresa Nortox Agro Química S.A., que a Central de Cooperativas de Produtores Rurais do Rio Grande do Sul Ltda. (“Centrasul”) e a empresa Defesa – Indústria de Defensivo S.A. (“Defensa”) teriam abusado de seu poder econômico ao vender herbicida “por preços inferior ao real, provocando condições monopolísticas”.

Embora não tenha havido novas decisões condenatórias após 1987, há um número razoável de julgados do CADE a respeito do assunto que dão alguma orientação a respeito do padrão de prova e dos aspectos mais relevantes considerados pela autoridade na análise de supostos preços predatórios. Destacamos a seguir casos emblemáticos que merecem especial atenção e, ao final deste item, apresentamos uma tabela resumida contendo os

casos de preços predatórios examinados pelo CADE durante a vigência da Lei nº 12.529/2011:

O primeiro deles teve como ponto de partida a representação do Sindicato da Indústria da Extração do Sal no Estado do RN (“SIESAL”) e da Federação das Indústrias do Estado do RN (“FIERN”), sendo que o CADE analisou em caráter preliminar se Empreemar S.A. (“Empreemar”) teria praticado preços predatórios, via subcotação de frentes marítimos, no mercado de fornecimento de sal a granel.<sup>8</sup> A análise do CADE observou as etapas do Guia para a Análise Econômica da prática de Preços Predatórios mencionadas acima, tendo superado as fases de definição de mercado relevante e condições de entrada (desfavoráveis). Ao avaliar a possibilidade de reentrada dos concorrentes que supostamente teriam sido excluídos do mercado em decorrência da prática de preços predatórios, o CADE concluiu que o fato de tais concorrentes atuarem em outros mercados de produção de sal (que não a granel) faz com que a sua reentrada posterior, em caso de eventual aumento de preços de Empreemar, seja possível. Não haveria, portanto, racionalidade econômica. Vale dizer que o CADE considerou, em sua análise, informações de diferentes empresas do grupo econômico de Empreemar em vista de sua operação verticalizada.

O segundo caso consiste em processo administrativo instaurado pelo CADE após denúncia de práticas de preços predatórios apresentada por Bann Química contra Dystar no mercado de índigo *blue* reduzido.<sup>9</sup> Naquela oportunidade, o CADE indicou que condições de entrada e capacidade de autofinanciamento da prática eram aspectos importantes a serem analisados, tendo ao final concluído que a entrada naquele mercado era provável e tempestiva – corroborada pela recentíssima entrada de novo concorrente – e que Dystar não teria capacidade de autofinanciamento em vista do processo de recuperação judicial que enfrentava.

O terceiro caso diz respeito à representação de Ipiranga e da refinaria Mangueiros contra Petrobrás, em que o CADE novamente examinou

---

<sup>8</sup> CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.001022/2008-25.

<sup>9</sup> CADE. Processo Administrativo nº 08012.007189/2008-08.



preliminarmente o tema.<sup>10</sup> Com relação à acusação da prática de preços predatórios, embora um dos Conselheiros do CADE tenha votado pelo prosseguimento das investigações diante de indícios de preços predatórios praticados pela Petrobras, os demais conselheiros decidiram pelo arquivamento, em razão da natureza do mercado de refino de petróleo, sem uma análise detida das especificidades do caso.

O quarto caso se refere-se a processo administrativo em que o CADE examina se Itaú Unibanco S.A. e Redecard S.A. praticaram preços predatórios no mercado nacional de credenciamento. A SG/CADE recomendou o arquivamento<sup>11</sup> do caso, em vista da falta de clareza de que as receitas obtidas teriam sido inferiores aos custos ou mesmo de que a suposta prática tenha resultado em prejuízos. Além disso, a instrução revelou que os principais concorrentes das representadas continuaram obtendo lucros expressivos no mercado durante todo o período, afastando, portanto, a caracterização de preços predatórios. O interessante deste caso é que, no curso da instrução probatória, a SG/Geral do CADE pediu para que o Departamento de Estudos Econômicos do CADE (“DEE”) examinasse o caso e, apesar de ter concluído pelo arquivamento do processo, fez questionamentos relevantes a respeito do Guia para a Análise Econômica da prática de Preços Predatórios.<sup>12</sup> O DEE discorreu sobre as dificuldades para a avaliação da capacidade de financiamento e indicou que a própria comparação entre preço e custo médio variável proposta pelo Guia é controversa. Defendeu, ainda, que o Guia deve ser lido como um ponto de partida somente, e não como um conjunto imutável de regras.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.007897/2005-98. Informações extraídas de <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/contribuicoes-do-cade/ambiente-concorrencial-setor-refino-cade.pdf>.

<sup>11</sup> CADE. Nota Técnica nº 54/2022, de 7.11.2022.

<sup>12</sup> CADE. Nota Técnica nº21/2022, datada de 26.7.2022.

<sup>13</sup> “Portanto, em que pese seja possível utilizar a lógica e os ensinamentos do Guia de Análise de Preços Predatórios para a avaliação se a conduta das requerentes é passível de caracterização como tal, o importante é avaliar se é possível haver algum tipo de teoria de dano factível, ao invés de se querer aplicar o Guia como um conjunto de regras imutáveis ou mesmo indiscutíveis. O

Apesar desse histórico com mais arquivamentos de preços predatórios do que de condenações, a SG/CADE já sinalizou, em caso recente sobre esse tema, que o fato de não ter havido condenação de preços predatórios até o momento não significa que não poderá haver casos futuros.<sup>14</sup>

A tabela abaixo consolida os julgados do CADE (a partir de 2010) sobre o tema de preços predatórios, indicando em qual fase do Guia a investigação encontrou maiores dificuldades:

**Tabela 1 – Consolidado de precedentes do CADE sobre preços predatórios na vigência da Lei 12.529/2011<sup>15</sup>**

Ano Decisão	Representada	Mercado Relevante	Conclusão	Decisão
2012	Empremar	Sal para uso químico	Não foi demonstrada racionalidade econômica da conduta, afastando a necessidade de intervenção por parte do CADE. Foram verificadas condições facilitadoras da reentrada de concorrentes em caso de aumento de preço.	Arquivamento
2012	AMBEV	Refrigerantes	Não há posição dominante pela acusada, impedindo que venha a impor com sucesso a prática de preços predatórios.	Arquivamento
2012	Petrobrás	Óleo Diesel em São Luís (MA) e Araucária (PR)	Não houve análise das etapas do Guia. O CADE determinou o arquivamento por conta da estrutura de oferta da Petrobrás, tendo a redução de preços sido resultado de questões logísticas do mercado.	Arquivamento
2013	SPAL Indústria de Bebidas (Refrigerante Simba)	Refrigerantes	Não foi demonstrada a racionalidade econômica da conduta, afastando a necessidade de intervenção por parte do CADE	Arquivamento

Guia de análise é apenas um ponto de partida analítico, mas não uma lista exaustiva de procedimentos, muito menos passos que devam ser obedecidos de maneira sequencial e obrigatória.”

<sup>14</sup> Nota Técnica nº 54/2022 proferida pela Superintendência-Geral do CADE em 7.11.2022 no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.002066/2019-77.

<sup>15</sup> A tabela acima foi preparada com base nos julgados sob a vigência da Lei nº 12.529/2011. Antes disso, sob a vigência da Lei nº 8.8884/1994, houve determinados julgados relevantes envolvendo a prática de preços predatórios. Um deles é o Processo Administrativo nº 08000.013002/95-97, em que o Conselheiro Mércio Felsky optou por fazer uma comparação preço-custo e concluiu, ao final, que os preços praticados por Labnew não estavam abaixo do custo variável médio.

Ano Decisão	Representada	Mercado Relevante	Conclusão	Decisão
			Não há barreiras à entrada, impedindo futuramente a recuperação dos prejuízos obtidos no período da predação.	
2013	Dystar	Índigo Blue	Mercado com baixas barreiras à entrada, o que impede a fruição de lucros futuros extraordinários, a incentivar a conduta de preços predatórios. Em vista da definição restritiva do mercado relevante adotada pelo Relator, Dystar não tem posição dominante no mercado, afastando a caracterização da conduta. Há outras empresas no mercado com capacidade de atender a demanda dos consumidores. Dystar apresentou pedido de Recuperação Judicial e Falência em 2009.	Arquivamento
2016	Support Produtos Nutricionais Ltda	Produtos PKU	Não há Posição Dominante	Arquivamento
2016	White Martins	Gases industriais e medicinais MS	A participação de mercado da acusada se mantém estável, sendo que não restou comprovada a prática de preços predatórios, pois o preço na maioria dos casos ficou acima do custo médio.	Arquivamento
2016	Nuchtech do Brasil	Scanners de Raio X	Procedimento Preparatório em que não foram demonstrados indícios de preços predatórios. Nuchtech era entrante no mercado e teve capacidade de ofertar preços inferiores.	Arquivamento
2017	Diversas	Leite Pasteurizado Tipo C no Sul do Rio Grande do Sul	custoso CADE não seguiu o passo-a-passo do Guia. Houve condenação de outras condutas, mas não de preço predatório. SG-CADE entendeu que não havia elementos suficientes para comprovação de preços inferiores ao custo. A acusação é de que os preços inferiores teriam sido utilizados para forçar a participação de <i>players</i> no suposto cartel.	Arquivamento da Conduta de Preço Predatório
2017	Cascol Combustíveis para Veículos Ltda	Gasolina Comum no Distrito Federal	A acusação de preços predatório não foi comprovada e o Guia não foi seguido. A suspeita do CADE era que os preços baixos não eram resultado da prática de preço predatório, mas sim do efeito do cartelização no setor que estaria mantendo os preços em patamares artificialmente elevados.	Arquivamento
2018	Uber do Brasil Tecnologia Ltda	Transporte por Aplicativo	Em sede de Procedimento Preparatório, as etapas do Guia não foram seguidas, tendo o CADE identificado poucas barreiras à entrada no mercado, o que dificultaria a prática de preços predatórios.	Arquivamento
2019	Abbott Laboratórios	Anti-Retrovirais	Diferença de Preços não era condizente com a prática.	Arquivamento

Ano Decisão	Representada	Mercado Relevante	Conclusão	Decisão
2019	Rodopetro e outras	Distribuição de Etanol Hidratado e Gasolina tipo C RJ	Não há posição dominante	Arquivamento
Suspensão	Petrobrás	Mercado de Refino	-	Suspensão pelo TCC

Fonte: Revista do IBRAC nº 1/2022 e elaboração própria.

### 3. Novos movimentos sobre preços predatórios no exterior e como encontrar a cabeça do bacalhau diante de subsídios governamentais

Recentemente, há pelo menos dois movimentos que evidenciam uma retomada da atenção ao tema do preço predatório e indicam que há também aspectos controversos na análise de preços predatórios em outros países. Em recente caso envolvendo suposta prática de preço predatório pela empresa Qualcomm na Europa, está sendo rediscutida a metodologia de cálculo do custo na comparação com o preço.<sup>16</sup> Nos Estados Unidos, preços predatórios também estão em evidência, após de o FTC ter publicado novas diretrizes relacionadas à Seção 5 do FTC Act, que dão força ao combate de práticas desleais de concorrência, dentre as quais os preços predatórios.<sup>17</sup>

Parte do ceticismo em torno dos casos de preço predatório é resultado da ideia de que a precificação abaixo do custo para expulsar os concorrentes do mercado é considerada irracional (e, portanto, sequer mereceria a atenção das autoridades antitruste), basicamente por duas razões: (1) existiriam maneiras mais lucrativas (por exemplo, aquisições) de eliminar concorrentes, e (2) futuros aumentos de preços resultariam em novas entradas (mercados com lucros exorbitantes atraem novos entrantes)<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> [https://content.mlex.com/#/content/1456133?referrer=search\\_linkclick](https://content.mlex.com/#/content/1456133?referrer=search_linkclick)

<sup>17</sup> [https://content.mlex.com/#/content/1424559?referrer=search\\_linkclick](https://content.mlex.com/#/content/1424559?referrer=search_linkclick)

<sup>18</sup> Gomez, R., J. Goeree and C. Holt (2008), “Predatory Pricing Rare Like A Unicorn”, Handbook of Experimental Economics Results, Vol. Volume 1, pp. 178-184, [https://doi.org/10.1016/S15740722\(07\)00022-4](https://doi.org/10.1016/S15740722(07)00022-4).

No entanto, como será discutido mais adiante, no caso de subsídios governamentais, pode haver outros fatores em jogo que tornem menos relevante a segunda razão para tornar os preços predatórios irracionais (ou seja, futuros aumentos de preços). Certas empresas subsidiadas, incluindo empresas estatais, podem implementar a política industrial governamental explícita ou implícita, em vez de buscar maximizar o lucro. As empresas que não buscam maximizar seus lucros de longo prazo podem se envolver em predação sem recuperação.<sup>19</sup> Isso significa que o destinatário de tais subsídios pode não (precisar e/ou querer) aumentar os preços após o período predatório, ainda que eventualmente leve a ineficiências alocativas e dinâmicas.

Conforme apresentado em artigo anterior<sup>20</sup>, os subsídios podem ser concedidos sob diferentes roupagens, tais como gastos governamentais diretos, incentivos fiscais, injeções de capital, empréstimos bonificados, suporte de preços, entre outras.<sup>21</sup> O oferecimento de subsídios é um aspecto relevante de qualquer política industrial e tem crescido nos últimos anos em razão de diferentes eventos como a necessidade de recuperação da economia após os efeitos adversos da pandemia do COVID-19 e incentivos atrelados à mudança climática e transformação digital.

Há quem considere os subsídios ferramentas de desequilíbrio do mercado pelo fato de poder causar ineficiências, distorções de preços e incentivos alterados. Por exemplo, não é raro que exportações sejam im-

---

<sup>19</sup> Capobianco, A. and H. Christiansen (2011), *Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises: Challenges and Policy Options*.

<sup>20</sup> ATHAYDE, Amanda. MEDRADO, Renê. MARSSOLA, Julia. Subsídios, comércio internacional e concorrência - Novos ventos na União Europeia e na OCDE e possíveis impactos para o Brasil. Migalhas, 02 de Fevereiro de 2023.

<sup>21</sup> Fundo Monetário Internacional (FMI), Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Banco Mundial (BM) e Organização Mundial do Comércio (OMC). *Subsidies, Trade, and International Cooperation*, OECD Publishing, Paris. Apr. 2022. Disponível em: [https://www.oecd-ilibrary.org/trade/subsidies-trade-and-international-cooperation\\_a4f01ddb-en](https://www.oecd-ilibrary.org/trade/subsidies-trade-and-international-cooperation_a4f01ddb-en)

pulsionadas por subsídios governamentais, afetando a posição de mercado do beneficiário ao mesmo tempo em que prejudica a indústria doméstica afetada, sendo os efeitos propagados na cadeia produtiva e na tomada de decisão dos agentes de mercado direta e indiretamente envolvidos. Em vista disso, a concessão de subsídios pode ter repercussões no âmbito do comércio internacional e da concorrência.

Essa é a dupla face dos subsídios: de um lado, os governos concedem subsídios e, de outro, para enfrentar as distorções causadas, os regulam. A perspectiva concorrencial dos subsídios, que até então passava despercebida<sup>22</sup>, passou a chamar a atenção. Avanços estão sendo notados com a introdução e o uso de mecanismos de triagem de investimentos estrangeiros (FDI) na União Europeia (UE).<sup>23</sup>

Em 22 de abril de 2022, foi publicado estudo conjunto entre Fundo Monetário Internacional (FMI), OCDE, Banco Mundial (BM) e OMC, intitulado “Subsídios, Comércio e Cooperação Internacional”.<sup>24</sup> O trabalho sugere que o uso crescente de subsídios distorcivos altera os fluxos de comércio e investimento, diminui o valor das obrigações tarifárias e outros compromissos de acesso ao mercado e reduz o apoio público ao comércio aberto.

---

<sup>22</sup> Não se confunde aqui com o mecanismo de controle interno de auxílios estatais da União Europeia, EU State aid law, aplicada pela Direção-Geral de Concorrência da Comissão Europeia. As regras da OMC sobre subsídios e a legislação da UE sobre auxílios estatais não são equivalentes e diferem substancialmente em escopo e aplicação. Para uma análise detalhada dessas diferenças, consulte LUENGO, Gustavo, Regulation of Subsidies and State Aids in WTO and EC Law: Conflicts in International Trade Law, Kluwer Law International, 2006, e RUBINI, Luca. The definition of subsidy and state aid: WTO and EC Law in comparative perspective. Oxford University Press, 2009.

<sup>23</sup> União Europeia. Foreign Direct Investment (FDI). Disponível em: [https://policy.trade.ec.europa.eu/help-exporters-and-importers/accessing-markets/investment\\_en](https://policy.trade.ec.europa.eu/help-exporters-and-importers/accessing-markets/investment_en)

<sup>24</sup> IMF, OECD, the World Bank, WTO, Subsidies, Trade and International Cooperation, April 2022. Disponível em : <https://www.imf.org/en/Publications/analytical-notes/Issues/2022/04/22/Subsidies-Trade-and-International-Cooperation-516660>

Em setembro de 2022, o Congresso dos Estados Unidos aprovou o Decreto de Modernização da Notificação de Atos de Concentração,<sup>25</sup> ainda não sancionado pela Presidência, que inclui o Decreto para Divulgação de Subsídios Estrangeiros em Atos de Concentração. A nova regulamentação estabelece que empresas envolvidas em operações de concentração econômica nos Estados Unidos deverão reportar contribuição financeira ou subsídios recebidos por governo estrangeiro.<sup>26</sup>

De forma semelhante aos Estados Unidos, em 28 de novembro de 2022, o Conselho da União Europeia adotou o Regulamento de Subsídios Estrangeiros, com entrada em vigor e aplicação a partir de meados de 2023. O Regulamento trará repercussões nas operações de fusão e aquisição e em licitações públicas no mercado interno europeu.<sup>27</sup> Assim, a investigação de subsídios estrangeiros<sup>28</sup> na União Europeia não está mais limitada à área de comércio internacional da Comissão Europeia, pois passa a ser notificada e analisada também pelo sistema de defesa da concorrência.

Em termos macrorregionais, no final de 2022, a OCDE abordou esse tema no seu Comitê de Concorrência.<sup>29</sup> O documento aponta que o tema de subsídios geralmente está dissociado das investigações de cartel, já que para esse tipo de conduta o que importa é se houve acordo entre concorrentes. Há, porém, novas interfaces que podem ser exploradas nessa ótica de intersecção entre subsídios e concorrência.

---

<sup>25</sup> No original, em inglês, “Merger Filing Fee Modernization Act of 2022”.

<sup>26</sup> Leia mais em : White&Case, US Merger Filing Fees to Increase Dramatically for Large Deals, 27 December 2022, disponível em : <https://www.whitecase.com/insight-alert/us-merger-filing-fees-increase-dramatically-large-deals>

<sup>27</sup> Comissão Europeia. Regulamento sobre Subsídios Estrangeiros. 2022. Disponível em: [https://competition-policy.ec.europa.eu/international/foreign-subsidies\\_en](https://competition-policy.ec.europa.eu/international/foreign-subsidies_en)

<sup>28</sup> Relembra-se que não se abarcam aqui as regras para auxílios estatais (EU State aid), implementadas pela Direção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia e, portanto, tratadas no arcabouço jurídico e institucional da concorrência.

<sup>29</sup> OECD. Subsidies, Competition and Trade. 2022. Disponível em: [www.oecd.org/daf/competition/subsidies-competition-and-trade-2022.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/subsidies-competition-and-trade-2022.pdf)

Um primeiro ponto diz respeito à possibilidade de os subsídios fortalecerem financeiramente agentes econômicos de modo a criar, manter ou melhorar a posição dominante de determinados agentes econômicos.<sup>30</sup> Ou seja, em um mercado em que a concessão de crédito é restrita, a obtenção de subsídios pode se mostrar como um instrumento de fortalecimento da posição de mercado. Uma operação de concentração econômica, por exemplo, pode ser viabilizada justamente tendo como base o suporte financeiro de um subsídio, distorcendo a concorrência.

Ademais, a existência de empresas com “deep pockets” proveenientes de subsídios, poderia ser tratada como uma barreira à entrada de outros concorrentes no mercado, impactando, por exemplo, análises em investigações de condutas unilaterais e em atos de concentração. Essa força financeira viabilizada pelos subsídios pode ser também potencialmente anticompetitiva, tanto como conduta unilateral autônoma, quanto como análise de habilidade e incentivo em concentrações econômicas, na medida em que viabilize estratégias como a de preço predatório (abaixo do custo, em termos gerais) por um determinado período, compensando perdas de faturamento com preços maiores em um período futuro, ou mesmo em um mercado diferente do produto da predação. Ademais, há que se ter em mente que, em especial para empresas estatais que se beneficiem de subsídios, o objetivo de recuperação das perdas de faturamento durante o período da predação não é uma condição à configuração da conduta, já que não há, necessariamente, um objetivo de maximização dos lucros dessas empresas (simplesmente porque as perdas já estão sendo compensadas no presente).

Ou seja, na prática de preço predatório, para ser capaz de praticar preços abaixo do seu custo, a empresa predadora deve ser capaz de internalizar os custos excedentes e os prejuízos temporários decorrentes da redução injustificada. A concessão de subsídios permite que a conduta de preços

---

<sup>30</sup> Nesse ponto, recorda-se que um dos elementos considerados na análise da predação é sobre a capacidade de autofinanciamento da prática. A concessão de financiamento público, externo, mediante subsídio (por meio de crédito subsidiado ou outra forma de subsídio) reforçaria a possibilidade de adoção de comportamento predatório.



predatórios seja sustentada pela empresa sem onerá-la de forma significativa no presente, o que é ainda mais efetivo quando a empresa não possui como objetivo a maximização de seus lucros, como aquelas beneficiadas por subsídios.<sup>31</sup>

Neste documento da OCDE de 2022, foram identificados quatro desafios para integrar a análise dos subsídios na perspectiva antitruste: (i) determinar a existência de subsídios não é trivial; (ii) aquisições com subsídios de empresas estatais podem criar elementos específicos para a operação de M&A; (iii) subsídios podem complicar a determinação dos custos para a análise de preço predatório; (iv) em jurisdições nas quais recuperação é uma pré-condição para a predação, atenção deve ser dada ao fato de que subsídios de empresas estatais podem não ter como objetivo a maximização dos lucros.

Para fins do presente artigo, concentrar-nos-emos inicialmente no desafio de (iii), de os subsídios complicarem a determinação dos custos para a análise de preço predatório. Há que se considerar que a autoridade concorrencial precisa determinar que o agente detentor de posição dominante abusa de sua condição praticando preços abaixo dos custos. Assim, reconhecendo que a principal dificuldade em investigações de preço predatório é estabelecer o custo que será utilizado como base para a análise, em casos que envolvam subsídios, há uma variável adicional. Ou seja, a diferença entre preço e custo em casos envolvendo subsídios é, na verdade, a diferença entre preço e custo que a empresa incorreria em um cenário sem subsídios, ou seja, com o custo “verdadeiro”.

---

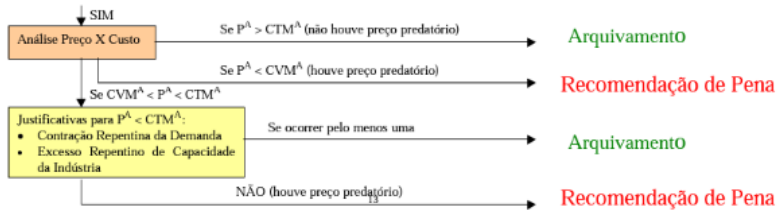
<sup>31</sup> Nesse sentido, publicação “Subsidies, Competition and Trade” da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/subsidies-competition-and-trade.htm>. Ver também o artigo “Subsídios, comércio internacional e concorrência - Novos ventos na União Europeia e na OCDE e possíveis impactos para o Brasil”. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/despeso/381032/subsidios-comercio-internacional-e-concorrencia>

O Anexo da Portaria CADE nº 104/2022 apresenta um Guia para a Análise Econômica da prática de Preços Predatórios.<sup>32</sup> Segundo seus termos, seriam necessários 5 (cinco) elementos para uma recomendação de condenação por preço predatório: (1) definição do mercado relevante de produto e geográfico; (2) análise das condições de entrada; (3) análise das condições de oferta; (4) análise das condições de financiamento; e (5) análise da relação preço vs. custo. Assim, parece-nos que, diante da situação posta, haveria uma modificação no item (5) do fluxo de análise. Ao custo da empresa seria adicionado o montante do subsídio, que configuraria um recálculo do custo, que seria elevado quando comparado ao preço. A imagem a seguir evidencia como se daria, a nosso ver, a mudança na análise do preço predatório quando houver a concessão de subsídios:

---

<sup>32</sup> CADE. Portaria CADE nº 104/2022. Disponível em: [https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/portarias/Portaria70\\_2002.pdf](https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/portarias/Portaria70_2002.pdf).

**Imagem 2 – Análise preço vs custo em casos de preço predatório tradicionais e com subsídios**



**ANÁLISE PREÇO VS CUSTO TRADICIONAL**

Hipótese 1: Preço < Custo Variável Médio

Hipótese 2: Custo Variável Médio < Preço < Custo Total Médio

**ANÁLISE PREÇO VS CUSTO COM SUBSÍDIOS**

Hipótese 1: Preço < Custo Variável Médio + Subsídios

Hipótese 2: Custo Variável Médio + Subsídios < Preço < Custo Total Médio + Subsídios

Fonte: Guia CADE, adaptada pelos autores.

Dito isso, concentrar-nos-emos no desafio de (iv), de recuperação das perdas ser uma pré-condição para a predação. A OCDE explica que em algumas jurisdições há o entendimento de que, para a predação alcançar os resultados almejados, uma empresa deveria ter poder de mercado suficiente a ponto de conseguir recuperar as perdas financeiras decorrentes do período de predação. Esse fator poderia levar a conclusões equivocadas em certos casos, quando houver outros fatores para além da recuperação das perdas como fator para a predação.

Há diversas críticas à teoria de recuperação como elemento necessário para a configuração da predação, e uma dessas críticas advém do argumento de que a recuperação pode se fazer de diversas formas, que nada podem ter a ver com uma recuperação econômica direta dos preju-

ízos. A primeira forma de recuperação pode ser a criação de uma reputação de *crazy firm* (“empresa louca”), que estaria disposta a arriscar a própria sobrevivência para ganhar fatias de mercado. A segunda forma de recuperação seria não no mercado em que ocorre a predação, mas em outros mercados, na medida em que a reputação criada em um mercado faz com que os concorrentes em outros mercados pensem duas vezes antes de adotar estratégias competitivas agressivas contra o predador.

Recorde-se que os programas estatais concedidos por um governo evidenciam que a concessão de subsídios não tem por objetivo a maximização dos lucros, de modo que a predação não tem por objetivo a recuperação dos gastos com a predação no curto prazo. Assim, a dificuldade apresentada pela OCDE, portanto, de se evidenciar a estratégia de recuperação dos lucros após o período da predação<sup>33</sup> se torna mais sutil em casos envolvendo subsídios. No caso de subsídios governamentais, pode haver outros fatores em jogo que tornem menos relevantes preços predatórios irracionais (ou seja, futuros aumentos de preços). Certas empresas subsidiadas, incluindo empresas estatais, podem implementar a política industrial governamental explícita ou implícita, em vez de buscar maximizar o lucro. Ou seja, a empresa predadora pode ser uma empresa que executa uma política industrial governamental e que, portanto, não busca maximizar seus lucros de longo prazo, de modo que podem se envolver em predação sem recuperação de perdas. Isso significa que o destinatário de tais subsídios pode não (precisar e/ou querer) aumentar os preços após o período predatório, mas isso pode, no entanto, levar a ineficiências alocativas e dinâmicas.

---

<sup>33</sup> Assim, o requisito da recuperação dos gastos – identificado como condição para uma investigação no Brasil, nos termos do documento da ICN de 2008 sobre preços predatórios (nota de rodapé 58). ICN. Report on Predatory Pricing. 2008. – passa a ser preenchido automaticamente com a constatação da existência de subsídios. Segundo Calixto Salomão Filho, os critérios neoclássicos da possibilidade de recuperação são baseados em premissas equivocadas. Segundo o autor, poder financeiro e lucros acumulados comparativamente muito superiores aos da vítima da predação já seriam suficientes para levar adiante uma predação com boas chances de sucesso. SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as condutas. 2007.

#### 4. Considerações finais

A tese apresentada neste artigo, embora detenha elevado de grau complexidade, poderá ser apresentada dentro de um contexto de novos contornos e desafios da política de defesa concorrencial no Brasil, estando alinhada com as preocupações que as autoridades estrangeiras de vanguarda (em especial, a Comissão Europeia) têm apresentado, à luz das complexidades atualmente presentes no âmbito do Comércio Internacional, em especial quanto à concessão de subsídios distorcivos ao processo competitivo.

Em apertada síntese, visualizamos que, a partir de representação fundamentada no art. 36, §3º, inciso XV, da Lei n. 12.529/2011 (“vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo”) e apresentada ao CADE, é possível a abertura de Inquérito Administrativo para investigar, ainda que de modo inédito, um caso de preços predatórios que envolva subsídios estrangeiros concedidos a empresas estrangeiras que exportam para o Brasil. Quem sabe assim, poderemos finalmente encontrar a cabeça de bacalhau que estava perdida no antitruste.

#### Referências

ATHAYDE, Amanda. MEDRADO, Renê. MARSSOLA, Julia. Subsídios, comércio internacional e concorrência - Novos ventos na União Europeia e na OCDE e possíveis impactos para o Brasil. *Migalhas*, 02 de Fevereiro de 2023.

BEVIGLIA-ZAMPETTI, The Uruguay Round Agreement on Subsidies – A Forward-Looking Assessment. *Journal of World Trade*, no. 5, 1996.

CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.001022/2008-25.

CADE. Averiguação Preliminar nº 08012.007897/2005-98.

CADE. Portaria CADE nº 104/2022.

CADE. Processo Administrativo nº 08012.007189/2008-08.

CADE. Processo Administrativo nº 08700.002066/2019-77.

CADE. Resolução 20/1996.

CAPOBIANCO, A. H. CHRISTIANSEN. Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises: Challenges and Policy Options. 2011.

DIAMOND, R. Privatization and the Definition of Subsidy: A Critical Study of Appellate Body Textualism. *Journal of International Economic Law*, 2008, p. 649-654.

GOMEZ, R., J. GOEREE, C. HOLT, Predatory Pricing Rare Like A Unicorn, *Handbook of Experimental Economics Results*. 2008. Vol. Volume 1, pp. 178-184.

FMI, OCDE, BM e OMC. Subsidies, Trade, and International Cooperation, OECD Publishing, Paris. Apr. 2022.

ICN. Report on Predatory Pricing. 2008.

JASPER, Eric Hadmann. CAUHY, Bárbara de'Carli. Cabeça de bachelau do antitruste. Portal Jota, 10 Dez. 2022.

LUENGO, Gustavo, Regulation of Subsidies and State Aids in WTO and EC Law: Conflicts in International Trade Law, Kluwer Law International, 2006.

OECD. Subsidies, Competition and Trade. 2022.

RUBINI, Luca. The definition of subsidy and state aid: WTO and EC Law in comparative perspective. Oxford University Press, 2009.

SEAE. Portaria SEAE nº 70/2002.

UNIÃO EUROPEIA. Foreign Direct Investment (FDI).

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as condutas. 2007.

## PERFIL DO POTENCIAL DE EXPORTAÇÕES AFETADAS PELO DEFORESTATION ACT NO BRASIL

*Profile of potential exports affected by the Deforestation Act in Brazil*

*Gustavo Madi Rezende<sup>1</sup>*

*Verônica Lazarini Cardoso<sup>2</sup>*

*Bernardo Riatto Perrotti<sup>3</sup>*

**Resumo:** Este artigo discute o uso da política comercial para o cumprimento de metas ambientais tendo como referência o *deforestation act*. Argumenta-se que restrições comerciais podem exercer papel importante no combate à mudança climática. No entanto, deve-se atentar sobretudo a quais países e indivíduos arcarão com esses custos, uma vez que é fundamental que políticas de sustentabilidade não representem um entrave ao desenvolvimento social de países. Estima-se que, para o caso brasileiro, a quantidade de produtos que estariam expostos à requisição de diligência quando vigorar a medida europeia, concluindo que o valor corresponde a aproximadamente 1% do PIB nacional. Para além disso, com dados do estudo de Pendrill e Persson (2020) estima-se que, em 2017, mais de 80% das emissões brasileiras de CO<sub>2</sub> por desmatamento foram causadas pelas commodities analisadas. Apenas 2,1% destas se devem a vendas ao bloco europeu. A apresentação de tais números indica a capacidade das restrições de combater o desmatamento, mas indica a sua insuficiência para esse objetivo, corroborando com a necessidade de políticas de valorização de estoque florestal. Tais medidas permitiriam diluir os custos de preservação e promover o desenvolvimento de nações menos favorecidas economicamente.

**Palavras-chave:** Restrições Comerciais; Desmatamento; Commodities; Desenvolvimento Sustentável; Comércio Internacional.

---

<sup>1</sup> Diretor da área de Economia do Direito da LCA Consultores. Mestre em Teoria Econômica pelo IE/UNICAMP e economista pela FEA/USP. Relacionado em 2017 pelo Who's Who Legal Future Leaders, da Global Competition Review.

<sup>2</sup> Gerente de projetos da LCA Consultores. Graduada em Ciências Econômicas pela UFMG e mestre em Economia Aplicada pelo PPGE/UFJF.

<sup>3</sup> Bernardo Riatto Perrotti é economista na LCA Consultores. É graduado em Ciências Econômicas pela Faculdade de Economia e Administração da Universidade de São Paulo (FEA-USP).

**Abstract:** This article discusses the use of trade policy to meet environmental goals based on the deforestation act. It is argued that trade restrictions can play an important role in combating climate change. However, attention must be paid to which countries and individuals will bear these costs, since it is essential that sustainability policies do not represent an obstacle to the social development of countries. It is estimated that, for the Brazilian case, the number of products that would be exposed to the due diligence requirement when the European measure is in force, concluding that the value corresponds to approximately 1% of the national GDP. Furthermore, with data from the study by Pendrill and Persson (2020) it is estimated that, in 2017, more than 80% of Brazilian CO<sub>2</sub> emissions from deforestation were caused by the analyzed commodities. Only 2.1% of these are due to sales to the European Union. The presentation of such numbers indicates the ability of restrictions to combat deforestation, but indicates their insufficiency for this purpose, corroborating the need for policies to value forest stock. Also, such measures would make it possible to dilute the costs of preservation and promote the development of economically less favored nations.

**Keywords:** Trade restrictions; Deforestation; Commodities; Sustainable Development; International Trade.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Representatividade dos produtos escolhidos na economia brasileira e de outros países. 2.1. Representatividade dos produtos afetados em outros países. 3. Correção de externalidades de desmatamento via restrição comercial e remuneração de estoques florestais. 4. Conclusão.

## 1. Introdução

No contexto global de mudanças climáticas e sociais, o Parlamento Europeu vem buscando aprovar medidas que reduzam o impacto do bloco sobre a degradação do meio ambiente. Uma das propostas que faz parte do plano de ação *Food for Fork* da União Europeia<sup>4</sup>, é a chamada *deforestation act*, que busca reduzir a contribuição europeia para o desmatamento global

---

<sup>4</sup> Implementado em 2020, que estabelece caminhos para o cumprimento de metas ambientais por meio do desenvolvimento de uma cadeia de produção de alimentos justa, saudável e ecológica. O plano sugere que a política comercial seja utilizada para apoiar a transição europeia e o cumprimento das metas. Disponível em: [https://food.ec.europa.eu/horizontal-topics/farm-fork-strategy\\_en](https://food.ec.europa.eu/horizontal-topics/farm-fork-strategy_en)



através da restrição à importação de produtos associados à prática de desmatamento<sup>5</sup>.

A legislação exige que produtos associados ao desmatamento cumpram uma série de diligências, como geolocalização de toda a cadeia produtiva, garantindo que nem o produto nem seus insumos tenham sido produzidos em terras desmatadas. A proposta almeja garantir que os produtos consumidos pelos europeus não estejam diretamente contribuindo para a destruição do estoque de florestas, reduzindo o impacto climático dos países do bloco.

Com a definição dos produtos que terão sua cadeia analisada<sup>6</sup> espera-se que esse artigo possa contribuir para a discussão através da identificação da representatividade dessas commodities. Tal medida será computada como a participação nas emissões causadas por desmatamento no Brasil e na parcela das exportações nacionais. De maneira mais específica, o trabalho espera dimensionar a participação das exportações de tais produtos ao bloco europeu dentro dessas variáveis (desmatamento e vendas externas). Por fim, será apresentada uma breve discussão relativa à suficiência da medida para os objetivos a que ela se propõe, indicando a importância da sua complementariedade com medidas de compensação pela manutenção de estoques florestais.

## **2. Representatividade dos produtos afetados na economia brasileira e de outros países**

A Comissão que elaborou a proposta encontrou sete *commodities* que representam a maior parcela de desmatamento ligado à União Europeia e que serão submetidas à análise da estrutura da cadeia de produtiva. A escolha dos produtos foi feita de acordo com o consumo europeu, e não do

---

<sup>5</sup> A proposta foi adotada na Comissão Europeia em novembro de 2021, emendada no Parlamento Europeu em setembro de 2022 e seu texto final aprovado em abril de 2023, seguindo então para aprovação em cada um dos países membros. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2021\\_366](https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2021_366)

<sup>6</sup> De agora em diante chamados de “produtos analisados” ou “commodities analisadas”.

ponto de vista da produção dos países exportadores. Abaixo segue a lista dos sete produtos e a indicação da participação das emissões de CO<sub>2</sub> associadas ao desmatamento em relação ao total (entre parênteses)<sup>7</sup>:

óleo de palma (34%),  
soja (33%),  
madeira (9%),  
cacau (8%),  
café (7%),  
produtos de gado bovino (5%), e  
borracha (3,4%).

Os dados que embasam as participações apresentadas vêm do estudo de Pendrill e Persson (2020)<sup>8</sup>, que computou o desmatamento embutido no comércio internacional de *commodities*.

O estudo encontra que 26% das terras desmatadas entre 2005 e 2013 podem ser atribuídas às vendas externas dos países produtores. Dessas exportações, 79% tiveram como destino países com desmatamento zero ou negativo (processos de reflorestamento), que é o caso da maioria dos países da UE. Conforme os autores,

Com países pós-transição<sup>9</sup> consumindo a maior parte do desmatamento embutido no comércio internacional os ganhos de reflorestamento nestes países foram parcialmente neutralizados por desmatamento em outros lugares.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Bens que utilizem esses produtos como insumos também estão cobertos pela proposta. Houve uma grande discussão relativa à inclusão do algodão e do milho, e seus derivados, na proposta, no entanto, foi feita a opção de mantê-los fora do escopo, ao menos por hora.

<sup>8</sup> PENFRILL F., PERSSON U. M., KASTNER, T.. Deforestation risk embodied in production and consumption of agricultural and forestry commodities 2005-2017. 2020.

<sup>9</sup> Por “países pós transição” os autores se referem a nações com baixas taxa de desmatamento e baixas taxas de cobertura florestal.

<sup>10</sup> Esse ponto levanta outra preocupação, relativa à realocação do desmatamento. É possível que a medida de fato seja efetiva em evitar consumo europeu de desmatamento, mas isso pode causar o deslocamento do consumo de tais produtos para outros países ou a produção para regiões

Utilizando dados do mesmo estudo, é possível dimensionar as emissões geradas pelo desmatamento da produção brasileira das *commodities* analisadas pela UE. É possível computar também qual parcela de tal desmatamento decorre das exportações realizadas para o bloco europeu. A Tabela 1 indica as emissões por desmatamento por produto analisado e a parcela dessas emissões causadas pelas exportações brasileiras à União Europeia. Os produtos analisados cobrem 85,5% das emissões de CO<sub>2</sub> por desmatamento no Brasil em 2017. Nos dados apresentados, chama a atenção o fato de que a carne bovina foi responsável por quase dois terços das emissões causadas por desmatamento; no entanto, apenas 0,7% tiveram como destino o bloco europeu. O produto em que as exportações para UE contam com maior participação em relação ao desmatamento total é o café, ainda que este tenha provocado apenas 0,1% das emissões daquele ano.

**Tabela 4: Desmatamento causado pela produção brasileira das commodities analisadas e pelas suas exportações para a União Europeia, em 2017**

Produto	Emissões produção (tCO <sub>2</sub> /ano)	Produto/Total	Emissões por exportações para UE	UE/Produção
Carne bovina	434.874.282	64,3%	3.075.880	0,7%
Soja	104.799.875	15,5%	9.944.586	9,5%
Couro	22.888.120	3,4%	0	0,0%
Produtos de madeira	10.728.395	1,6%	545.454	5,1%
Óleo de palma	2.637.692	0,4%	115.998	4,4%
Cacau	1.731.715	0,3%	23.587	1,4%
Café	649.444	0,1%	178.611	27,5%
Borracha	146.350	0,0%	32	0,0%
Não escolhidos	97.805.156	14,5%	3.110.141	3,2%
Total	676.261.029	100,0%	16.994.289	2,5%

Fonte: Pendrill e Persson (2020). Elaboração própria.

desmatadas antes da data indicada. Ainda assim é possível que exista um impacto positivo residual, ainda que incerto, decorrente da pressão baixista nos preços de bens produzidos em terras desmatadas. Há também a possibilidade do uso de terras desmatadas para produtos não inclusos na lista, apenas redistribuindo a exportação de desmatamento para outros bens.

No quadro geral, se a medida fosse aplicada de forma bem-sucedida sobre as exportações do Brasil à União Europeia, 81,7% do desmatamento brasileiro causado por consumo europeu seria alvo de investigação (aproximadamente 13,9 milhões de toneladas de CO<sub>2</sub>). No entanto, esse valor representa apenas 2,1% de todas as emissões de CO<sub>2</sub> por desmatamento no Brasil. A Tabela 5 apresenta essas participações.

**Tabela 5: Participação nas emissões totais por desmatamento em 2017, por tipo de produto e destino**

Escopo	Emissões (tCO <sub>2</sub> /ano - 2017)	Emis-sões/Total	Emissões/Total UE
Produção total	676.261.029	100,0%	
Produção dos produtos analisados	578.455.873	85,5%	
<i>Comércio EU</i>	<i>16.994.289</i>	<i>2,5%</i>	<i>100,0%</i>
<i>Comércio EU dos produtos analisados</i>	<i>13.884.147</i>	<i>2,1%</i>	<i>81,7%</i>
<i>Comércio EU de outros produtos</i>	<i>3.110.141</i>	<i>0,5%</i>	<i>18,3%</i>

Fonte: Pendrill e Persson (2020). Elaboração própria.

Não se pode afirmar com certeza que haveria redução das emissões nessa magnitude, uma vez que pode haver efeitos indiretos associados à medida<sup>11</sup>. O Box 1 apresenta outros efeitos decorrentes da maneira como a política foi desenhada.

**Box 1: Outros efeitos da seleção de produtos pela ótica de consumo europeu**

Como apresentado acima, os produtos selecionados pelo bloco são responsáveis por mais de 80% das emissões tanto se observados do ponto de vista da produção nacional ou do ponto de vista do comércio para a União Europeia. Por outro lado, a seleção de produtos feita da ótica do consumo europeu pode levar a ausência de produtos cujo consumo

<sup>11</sup> A título de exemplo menciona-se um efeito positivo e um negativo: a realocação do desmatamento para outros produtos ou países, o que diminui o impacto da medida, pode ser esperada como forma de redução de custos. Potencial efeito positivo na avaliação de terras desmatadas, estendendo a diligência a outros produtos ou destinos.

européu foi responsável por parcela importante do desmatamento brasileiro (como o Milho) e a exigência de diligência em cadeias limpas (como o caso do café ou do Cacau). A **Erro! Fonte de referência não encontrada.** apresenta os dados que embasam essas conclusões.

**Tabela 6: Produções com maior associação ao desmatamento no Brasil, em 2017**

Posição	Produto	Emissões por exportações para UE (tCO <sub>2</sub> /ano - 2017)	Participação no total exportado para UE	Consta na lista?
1	Soja	9.944.586	58,5%	Escolhido
2	Carne bovina	3.075.880	18,1%	Escolhido
3	Milho	2.768.841	16,3%	Não
4	Produtos de madeira	545.454	3,2%	Escolhido
5	Café	178.611	1,1%	Escolhido
6	Piper ssp.	123.684	0,7%	Não
7	Óleo de palma	115.998	0,7%	Escolhido
8	Açúcar de cana	113.150	0,7%	Não
9	Tabaco	40.615	0,2%	Não
10	Cacau	23.587	0,1%	Escolhido
29	Borracha	32	0,0%	Escolhido
	Outros	63.851	0,4%	Não
	Total	16.994.289	100,0%	

Fonte: Pendrill e Persson (2020). Elaboração própria. Nota: "Piper ssp." é o termo utilizado para referir-se às espécies responsáveis pela produção de pimenta-do-reino e outros produtos.

Conforme apresentado acima, o milho é o terceiro maior produto que leva a exportação de desmatamento brasileiro à Europa, sendo responsável por 16,3% do CO<sub>2</sub> comercializado com o bloco por esta razão. No mesmo ano, o cacau, por exemplo, foi responsável pelo equivalente a menos 1% do comércio de CO<sub>2</sub> à União. Nesse sentido, a medida pode impor custos pouco efetivos, exigindo a fiscalização de cadeias limpas (e gerando um custo nestas) e permitindo que produtos que levaram ao desmatamento não precisem reportar sua cadeia de fornecimento. Por outro

lado, se essas cadeias forem de fato limpas no Brasil (como o caso do Cacau e do café), haverá um ganho comparativo frente aos produtores de outros países que produzem em terras desmatadas. Em outras palavras, ainda que gerem custos adicionais às cadeias nacionais limpas, essas serão menos oneradas do que as cadeias estrangeiras que produzam em terras desmatadas.

Para além da representatividade no desmatamento, os produtos analisados têm relevância dentro da pauta exportadora nacional. Conforme destacado na Tabela 3, nos últimos 5 anos eles representaram aproximadamente 30% do valor FOB das exportações brasileiras. Esse dado indica que a pauta exportadora brasileira depende de forma significativa da venda de tais produtos ao mercado internacional.

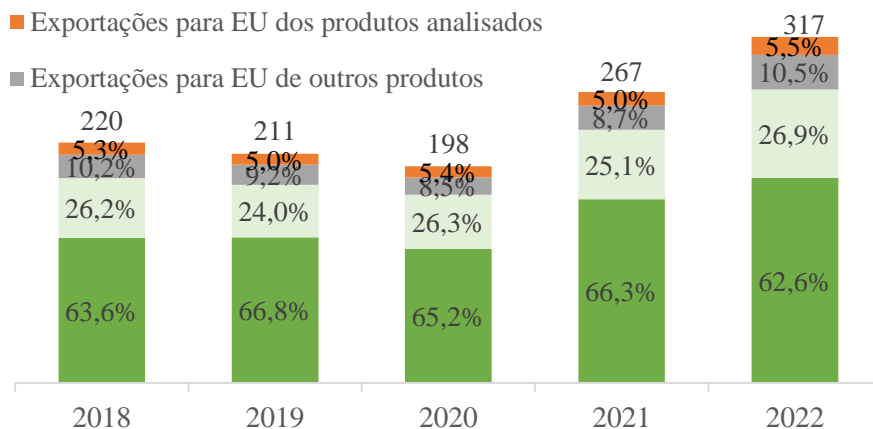
**Tabela 7: Participação dos produtos analisados nas exportações brasileiras totais de 2018 a 2022**

Produtos	2018	2019	2020	2021	2022
Carne bovina	3,6%	4,1%	4,6%	3,7%	4,3%
Cacau	0,1%	0,1%	0,1%	0,1%	0,1%
Café	1,9%	2,1%	2,4%	2,1%	2,6%
Óleo de Palma	0,1%	0,0%	0,1%	0,1%	0,1%
Soja	17,6%	14,8%	16,8%	17,1%	18,2%
Madeira	6,1%	5,9%	5,5%	5,0%	5,0%
Borracha	0,6%	0,7%	0,5%	0,5%	0,5%
Total	29,9%	27,6%	30,0%	28,6%	30,7%
Total (em bi de USD)	\$69,4	\$ 61,1	\$ 62,8	\$ 80,4	\$ 102,7

Fonte: Comexstat. Elaboração própria.

O Gráfico 1 caracteriza as exportações brasileiras sobre as óticas dos produtos (analisados pela medida ou não) e pela ótica do destino (União Europeia e outros). Cerca de 5% das exportações nacionais (marcada de laranja) está enquadrada nos requisitos que implicam a necessidade de avaliação e diligência da estrutura produtiva. Esse valor representa cerca de um terço das exportações brasileiras para e UE (parcela laranja dividida pela sua soma com parte cinza escura).

**Gráfico 1: Participação dos produtos analisadas nas exportações brasileiras para União Europeia, em milhões de dólares FOB, de 2018 a 2022**



Fonte: Comexstat<sup>12</sup>. Elaboração própria.

Conforme exposto na Tabela 4, as exportações totais de café serão as mais atingidas pela medida, por estarem obrigadas a mapear parte expressiva da sua cadeia, uma vez que em torno de 50% do total exportado tem como destino países do bloco. Por outro lado, a borracha será menos afetada dado que a UE é destino pouco comum. O valor total das exportações que estariam sujeitas à avaliação da estrutura produtiva foi de 17,5 bilhões de dólares em 2022, aproximadamente 1% do PIB nacional do mesmo ano<sup>13</sup>.

**Tabela 8: Representatividade das vendas para a União Europeia como participação do total exportado do mesmo bem, de 2018 a 2022**

	2018	2019	2020	2021	2022
Carne bovina	11,2%	8,6%	7,0%	7,9%	6,5%
Cacau	7,1%	6,4%	6,6%	4,4%	5,0%
Café	49,7%	48,5%	50,2%	47,7%	51,2%
Óleo de Palma	17,3%	8,8%	11,1%	8,1%	15,2%

<sup>12</sup> Disponível em: <http://comexstat.mdic.gov.br/pt/home>.

<sup>13</sup> Segundo o IBGE o PIB do Brasil em 2022 foi de 1,92 trilhão de dólares.



	2018	2019	2020	2021	2022
Soja	12,8%	14,8%	15,7%	14,8%	14,5%
Madeira	23,4%	19,9%	16,3%	18,1%	19,6%
Borracha	5,8%	5,3%	5,7%	5,9%	4,1%
Conjunto	16,9%	17,2%	17,0%	16,6%	17,0%
Conjunto (USD bi <sup>1</sup> )	\$ 11,7	\$ 10,5	\$ 10,7	\$ 13,4	\$ 17,5

Nota 1: Valor dos bens envolvidos na medida exportados para a União Europeia no ano.  
Fonte: Comexstat. Elaboração própria.

Assim, conforme será apresentado, os produtos selecionados pela União Europeia:

são responsáveis por parte significativa do desmatamento em anos recentes, ainda que a exportação para o bloco não seja a principal fonte de emissões;

são significativos para a pauta exportadora brasileira;

têm a Europa como destino frequente;

são parte significativa de todos os bens exportados para a União.

O conjunto desses fatores permite concluir que a medida atinge parcela importante da economia nacional. Do ponto de vista ambiental, se as restrições impactarem apenas o volume que hoje é destinado à Europa, seu efeito será menor que o projetado. No entanto, se existirem ganhos por impactar as produções destinadas a outros países ou à produção interna, haverá maior potencial de redução de emissões<sup>14</sup>.

### 2.1. Representatividade dos produtos afetados em outros países

Para alguns desses produtos, o Brasil será o principal afetado da medida. Segundo os dados da *Food and Agriculture Organization (FAO)*<sup>15</sup>,

<sup>14</sup> A título de exemplo, esses ganhos podem advir de produtores que vendem apenas parte de sua produção para o bloco. Com a imposição da medida, para que ele siga vendendo para países europeus, haverá a garantia que sua cadeia será integralmente limpa de desmatamento, independente do destino.

<sup>15</sup> Disponível em: <https://www.fao.org/faostat/en/#data>.

é o caso do café e seus derivados, da soja e do cacau, como mostra a Tabela 5. No caso de outros produtos, a medida atingirá significativamente países do sudeste asiático como Tailândia, Indonésia e Vietnã, produtores de borracha e óleo de palma. Outros países latino-americanos, como Equador e Colômbia, terão a sua produção de cacau e café afetadas, países dignos de atenção na medida em que também se encontram em estágios de desenvolvimento anteriores ao dos países do bloco europeu.

**Tabela 9: Principais exportadores mundiais, em 2020, das *commodities* analisadas pela União Europeia, como % das exportações totais de cada produto**

Produto	Maior	2° Maior	3° Maior
Soja	EUA	Brasil	China
	38,9%	27,1%	12,5%
Carne Bovina	México	Turquia	França
	13,5%	13,2%	12,6%
Cacau	Indonésia	Equador	Brasil
	34,8%	23,7%	21,5%
Café	Brasil	Colômbia	Vietnã
	38,3%	26,5%	17,5%
Borracha	Tailândia	China	Indonésia
	53,2%	10,9%	10,5%
Óleo de palma	Malásia	Colômbia	Tailândia
	62,4%	23,1%	10,3%

Nota: A organização não possui dados relativos à madeira por ser responsável apenas por alimentos. Fonte: FAO. Elaboração própria.

Importante destacar que os dados apresentados se limitam à participação dos países no comércio internacional, no entanto a dimensão relevante para a economia destes é a participação de tais exportações no PIB nacional. Assim, países de menor relevância no comércio internacional poderão ter impacto tão grande quanto ou até maior do que nas economias apresentadas na tabela acima.

### 3. Correção de externalidades de desmatamento via restrição comercial e remuneração de estoques florestais

Em termos econômicos, a intenção da proposta é corrigir externalidades<sup>16</sup> na produção de commodities. Esse fenômeno se expressa através de custos ligados a bens produzidos em terras desmatadas que não estão completamente refletidos nos preços dos bens vendidos. Os efeitos da degradação ambiental afetam toda a população, não apenas os agentes envolvidos nas transações dos bens. Em outras palavras, a consequência da degradação ambiental é sentida por todos os indivíduos, não apenas por aqueles que produzem ou consomem o bem que promoveu desmatamento. Como as consequências do desmatamento não estão incorporadas nos preços, são necessárias intervenções nos mercados<sup>17</sup>.

Existem externalidades positivas em se manter a floresta. Nessa situação, os custos de preservação recaem sobre os países aos quais os recursos pertencem, enquanto o benefício de tê-las em pé é indiscriminado para todas as nações e indivíduos<sup>18</sup>.

É de interesse coletivo a correção de tais externalidades, de forma que os mercados se tornem mais eficientes e os consumidores dos produtos arquem com todos os custos gerados por estes. No entanto, solução de externalidades é custosa, uma vez que, entre outros, traz a valor presente os custos intertemporais de degradação ambiental. Essa característica determina que a discussão perpassa por como e por quem essa correção será paga.

---

<sup>16</sup> Principal característica de externalidades é que a utilidade de indivíduos depende de decisões de produção e consumo de outros agentes não envolvidos na transação. Isso acontece com frequência quando há bens com os quais as pessoas se importam e que não são vendidos nos mercados (por exemplo: ar limpo). Se houver externalidades, a solução de mercado não necessariamente é uma solução eficiente para o problema da troca, podendo essa ser provida através da intervenção de instituições. Vide Varian, 2012.

<sup>17</sup> Vide ROBALINO, J. HERRERA, L. D. Trade and Deforestation: A literature review. 2010.

<sup>18</sup> Vide ATAMANCZUK, M. J.; PRATES, R. C. Externalidade Florestal: Caracterizações e Soluções Provenientes das Legislações Florestais Brasileiras e dos Acordos Internacionais sobre Meio Ambiente. Revista Desenvolvimento em Questão p. 143-163. Editora Unijuí. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21527/2237-6453.2020.54.143-163>.

As restrições comerciais seguem a linha de desincentivar o desmatamento uma vez que atendem parcialmente à correção das externalidades negativas causadas, em virtude da exigência de controle de produção em terras desmatadas para o acesso de produtos ao mercado europeu, que torna menos atrativa a produção nestas. Por outro lado, elas não geram os incentivos necessários para remunerar positivamente pelos benefícios advindos da manutenção da floresta. Assim, implica na melhor distribuição dos custos de degradação, mas não redistribui os custos de preservação.

Especificamente na proposta debatida, a necessidade de remuneração do estoque florestal decorre da definição da data limite de desmatamento até 31 de dezembro de 2019 imposta na proposta. Só serão consideradas terras desmatadas aquelas que continham cobertura vegetal (definida formalmente) até a referida data. Ainda que exista lógica por trás dessa definição, a fixação temporal beneficia países que já não possuíam estoques de florestas antes da data. Há um prejuízo sobre países que mantiveram seus estoques até o final de 2019.

Nesse sentido, as medidas carecem de mecanismos de recompensa para países de elevado estoque florestal e que estejam se mostrando bem-sucedidos em sua manutenção (equivalente a possuir baixas taxas de desmatamento, por exemplo) para serem completas no desincentivo ao desmatamento. Tais mecanismos podem ser desenvolvidos no âmbito comercial ou não. Entende-se que a política apresentada seria ainda mais eficiente se houvesse uma complementariedade com outras ações neste sentido.

A título de exemplo, medidas de apoio ao Fundo Amazônia poderiam recompensar a manutenção de florestas. O fundo em questão, gerido pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), utiliza doações para realizar investimentos não reembolsáveis em ações de preservação, monitoramento e combate ao desmatamento, além da promoção do uso sustentável da floresta<sup>19</sup>. Foi criado em agosto de 2008 e desde então recebeu três doações, no valor total aproximadamente R\$ 3,4 bilhões de reais, dos quais quase 94% correspondem ao aporte do ministério norue-

---

<sup>19</sup> Disponível em: <https://www.fundoamazonia.gov.br/pt/doacoes/>

guês de relações internacionais. Os dados dos valores recebidos são apresentados na Tabela 6. Essa perspectiva do fundo coloca em discussão a necessidade de promover de forma mais ativa ganhos advindos da existência de floresta. Em outras palavras, remunerar países pelo seu estoque florestal e de forma a empenhar esforços na direção de corrigir as externalidades positivas promovidas pode ser parte fundamental do quebra cabeça da solução ambiental. Essa medida promoveria, por exemplo, a intensificação do monitoramento e do *enforcement* das regras já existentes de preservação ambiental. A adição de obrigações contribui por um lado, mas os recursos para garantir as aplicações de regras (tanto vigentes quanto novas) é medida complementar importante para o avanço da preservação ambiental.

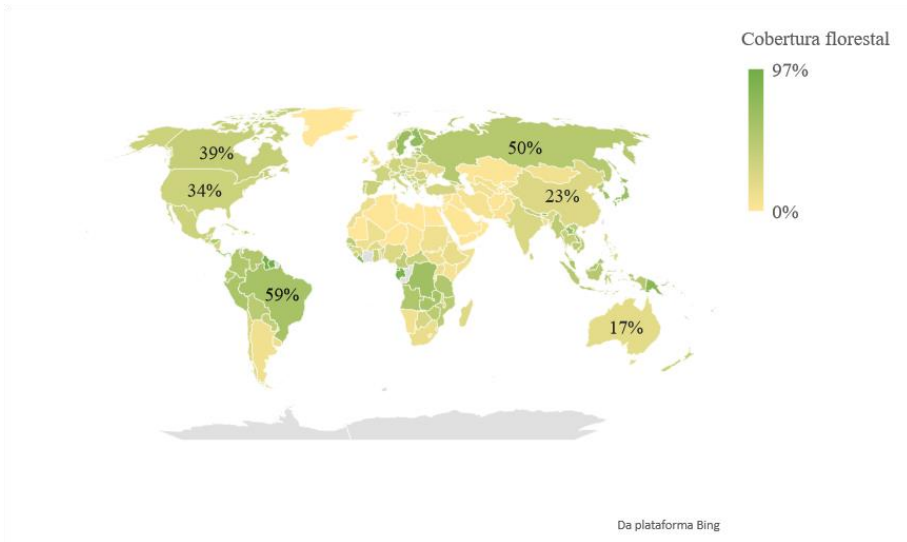
**Tabela 10: Doações para o Fundo Amazônia até 31 de dezembro de 2021, em milhares de reais**

Doador	Total	Participação
Ministério Norueguês de Relações Exteriores	3.186.720	93,8%
KfW	192.690	5,7%
Petrobras	17.285	0,5%
Total	3.396.695	100%

Fonte: Demonstrações financeiras do Fundo Amazônia em 31 de dezembro de 2021 e 2020. Elaboração própria.

Tais medidas permitiriam também contemplar o pilar social das políticas ESG, sendo especialmente importantes pelo elevado grau de cobertura florestal dos países em estágios anteriores do desenvolvimento presentes na Tabela 5. O Gráfico 2 apresenta esse percentual para alguns países, indicando a cobertura na Europa ocidental (região da maior parte dos países da União Europeia) é de 32%, valor próximo a média mundial de 31%. Por outro lado, Brasil, Colômbia, Equador, Indonésia, Tailândia e Vietnã (países listados na Tabela 5) têm respectivamente 59%, 53%, 50%, 49%, 39% e 47% de suas áreas cobertas por florestas.

**Gráfico 2: Cobertura florestal por país como porcentagem de sua área total, em 2020**



Fonte: Our World in Data<sup>20</sup>. Elaboração própria.

#### 4. Conclusão

A preocupação com o papel do comércio internacional sobre as emissões de gases de efeito estufa é boa oportunidade para o desenvolvimento de mecanismos de combate às mudanças climáticas. Como indicado por Pendrill e Persson (2020)<sup>21</sup>, é provável que o desmatamento embutido no comércio internacional esteja neutralizando os ganhos de reflorestamento nestes países, substituindo-os por desmatamento em outros lugares. Essa afirmação permite concluir que a política comercial é parte importante do problema ambiental.

No entanto, é importante destacar que restrições ao comércio da medida proposta pela União Europeia são capazes de corrigir apenas parte

<sup>20</sup> Disponível em: <https://ourworldindata.org/forest-area#how-are-our-forests-distributed-across-the-world-regions>

<sup>21</sup> PENFRILL F., PERSSON U. M., KASTNER, T.. Deforestation risk embodied in production and consumption of agricultural and forestry commodities 2005-2017. 2020.

das distorções identificadas. Esta apresenta esforço importante para resolver externalidades negativas ligadas ao desmatamento, mas não apresenta iniciativas para recompensar positivamente países que mantêm florestas. A complementariedade dessas políticas proporcionaria avanço no combate ao desmatamento.

A ótica da compensação é importante sobretudo pelo estágio de desenvolvimento econômico que se encontram os principais países atingidos pela medida e pela magnitude do impacto em suas economias. No caso brasileiro, o requisito criado pelo bloco europeu implicaria na investigação de um volume de aproximadamente 1% do PIB brasileiro. Essa ordem de grandeza indica a dimensão dos custos gerados pela imposição. Há uma expectativa que outros países também teriam custos de dimensão próxima, muitos deles em estágios do desenvolvimento anteriores ao europeu.

Por outro lado, as exportações para a União Europeia dos produtos presentes na proposta correspondem a 2,1% do total de emissões nacionais por desmatamento em 2017, o equivalente a 81,7% das emissões por desmatamento deste mesmo fluxo comercial. Não se pode afirmar com certeza que haveria redução das emissões nessa magnitude, uma vez que as medidas devem ter efeitos indiretos. Ainda quanto ao impacto da medida sobre essas emissões, destaca-se que uma melhor focalização da política através da escolha de produtos por meio do desmatamento gerado no país de origem pode contribuir para redução de custos desnecessários e aumentar o impacto da proposta ao incluir outros bens para países específicos.

O entendimento dos efeitos da proposta e das dimensões em discussão são vitais para o desenho de políticas públicas e para o posicionamento do governo e da sociedade brasileira perante as medidas impostas pela União Europeia. Observar o comércio internacional pela ótica ambiental é parte vital da construção de um sistema econômico sustentável. Por outro lado, o desenho da proposta leva a algumas distorções e pode gerar custos pouco eficientes no combate do desmatamento. Refinar alguns dos parâmetros, como os produtos e origens afetadas pela proposta pode ser passo importante para intensificar os impactos da medida sobre o desmatamento. Para além disso, destaca-se a importância de aprofundar os estudos relacionados aos impactos dinâmicos da proposta, observando potenciais

migrações da produção em terras desmatadas, alternando tanto o produto quanto o país emissor.

## Referências

ATAMANCZUK, M. J.; PRATES, R. C. Externalidade Florestal: Caracterizações e Soluções Provenientes das Legislações Florestais Brasileiras e dos Acordos Internacionais sobre Meio Ambiente. *Revista Desenvolvimento em Questão* p. 143-163. Editora Unijuí. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.21527/2237-6453.2020.54.143-163>

BECKMAN, J.; SANDS, R. D.; RIDDLE, A.; LEE, T.; WALLOGA, J. M. *International Trade and Deforestation: Potential Policy Effects via a Global Economic Model*, U.S. Department of Agriculture, Economic Research Service, 2017.

EUROPEAN PARLIAMENT. *How can international trade contribute to sustainable forestry and the preservation of the world's forests through the Green Deal?* Policy Department for External Relations, 2020.

FERREIRA, S. Deforestation, Property Rights, and International Trade. *Land Economics*, Vol. 80, No. 2 (2004), p. 174-193; Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3654737>

HENDERS, S., PERSSON, M., KASTNER, T. Trading forests: land-use change and carbon emissions embodied in production and exports of forest-risk commodities *Environmental Research Letters* Volume 10, Number 12, 2015.

LAMBIN, E.F., GIBBS, H.K., HEILMAYR, R. *et al.* The role of supply-chain initiatives in reducing deforestation. *Nature Clim Change* 8, p. 109–116, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/s41558-017-0061-1>

PENFRILL F., PERSSON U. M., KASTNER, T.. Deforestation risk embodied in production and consumption of agricultural and forestry commodities 2005-2017. *Environmental Research Letters* 2020. Disponível em: [https://zenodo.org/record/4250532#.ZGVHanZv\\_rc](https://zenodo.org/record/4250532#.ZGVHanZv_rc).



ROBALINO, J. HERRERA, L. D. Trade and Deforestation: A literature review. World Trade Organization, Economic Research and Statistics Division, 2010. Disponível em: [https://www.wto.org/english/res\\_e/re\\_ser\\_e/ersd201004\\_e.htm](https://www.wto.org/english/res_e/re_ser_e/ersd201004_e.htm)

RUNGE, C. F. Trade Protectionism and Environmental Regulations: The New Nontariff Barriers, *Northwestern Journal of International Law & Business*, p. 47 - 61, 1990

VARIAN, H.R. *Microeconomia: uma abordagem moderna*. 8.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

## 5G NO BRASIL: EQUILÍBRIO ENTRE COOPERAÇÃO E CONCORRÊNCIA

*Ana Valéria Fernandes<sup>1</sup>, Giovana Mezher<sup>2</sup>, Isabela Pannunzio<sup>3</sup>, Julia Braga<sup>4</sup>, Leonardo de Paula<sup>5</sup>, Luiz Eduardo Jahic<sup>6</sup>, Matheus Carvalho<sup>7</sup>, Maria Paula Andrade<sup>8</sup>, Rebeca Juvenal<sup>9</sup>, Thales Lemos<sup>10</sup>*

**Resumo:** O presente artigo trata das inovações trazidas pela tecnologia 5G, com foco em seus impactos para os consumidores e a economia. Além disso,

---

<sup>1</sup> Pós-graduada em Direito Econômico e Concorrencial pela Fundação Getúlio Vargas. Graduada em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Graduada em Humanidades, com área de concentração em estudos jurídicos e economia pela Universidade Federal da Bahia.

<sup>2</sup> Advogada associada da área de Direito Regulatório do escritório Kasznar Leonardos, com experiência em Direito Concorrencial. Bacharel pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

<sup>3</sup> Advogada na área concorrencial do Levy & Salomão Advogados. Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília.

<sup>4</sup> Advogada na área concorrencial em Lefosse Advogados. Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Foi pesquisadora visitante na Faculdade de Direito da Università di Bologna/Itália.

<sup>5</sup> Advogado nas áreas de direito internacional e direito concorrencial. Graduado em Direito pela Faculdade Getúlio Vargas. Pós-graduado em Direito Concorrencial e Regulatório pela Faculdade Getúlio Vargas. Atualmente cursa seu LL.M. (Master of Laws) na New York University School of Law.

<sup>6</sup> Advogado Pleno da área de Direito da Concorrência do TozziniFreire Advogados, atualmente cursando LL.M. (Master of Laws) na Northwestern Pritzker School of Law em Chicago, USA. Graduado em Direito pela PUC-SP e Pós-Graduado em Direito Empresarial pelo Insper.

<sup>7</sup> Advogado na área concorrencial em Vilanova Advocacia. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Econômico e Concorrencial (GPEC/IDP).

<sup>8</sup> Advogada na área concorrencial em Felsberg Advogados. Bacharel em Direito pela Universidade de Direito do Largo São Francisco.

<sup>9</sup> Advogada na área de Mercado de Capitais em Machado Meyer Advogados. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Getúlio Vargas.

aborda os desafios para sua implementação no Brasil, como os relevantes custos de investimento em infraestrutura, que podem ser mitigados com diferentes níveis de colaboração entre concorrentes. Por outro lado, analisa também os potenciais riscos concorrenciais advindos dessa cooperação, como o de uniformização de condutas e criação de barreiras para a atuação de *players* menores, e o papel das autoridades concorrenciais e regulatórias neste contexto. A elaboração do artigo tomou por base uma pesquisa de literatura nacional e estrangeira, bem como uma análise das decisões do CADE. Ao final, o artigo conclui que uma atuação atenta, pragmática e eficaz da autoridade concorrencial, em coordenação com os demais órgãos de promoção da política de concorrência, é essencial para garantir o equilíbrio necessário para manter os mercados competitivos, sem prejudicar a obtenção das eficiências almejadas em tais acordos de colaboração.

**Palavras-chave:** 5G; Concorrência; Antitruste; Tecnologia; Telecomunicações; Regulação.

**Abstract:** This paper deals with the innovations brought by 5G technology, focusing on its impacts on consumers and the economy. In addition, it addresses the challenges for its implementation in Brazil, such as the relevant investments on infrastructure, which can be mitigated with different levels of collaboration between competitors. On the other hand, it also analyzes the potential competition risks arising from this cooperation, such as the standardization of conducts and the creation of barriers for smaller players, and the role of competition and regulatory authorities in this context. The paper is based on research of national and foreign literature, as well as analysis of CADE's decisions. The paper concludes that an attentive, pragmatic, and effective performance by the competition authority, in coordination with the other bodies promoting competition policy, is essential to guarantee the necessary balance to keep markets competitive, without jeopardizing the achievement of efficiencies sought in such collaboration agreements.

**Keywords:** 5G; Competition; Antitrust; Technology; Telecommunications; Regulation.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. A tecnologia 5G e as expectativas para a economia e os consumidores. 3. Implementação do 5G — cooperação entre concorrentes e seus impactos concorrenciais. 3.1. O racional da cooperação: divisão de investimentos e geração de eficiências. 3.2. Riscos concorrenciais. 4. O papel das autoridades antitruste e regulatórias. 4.1. Análise da jurisprudência da ANATEL. 4.2. Análise da jurisprudência do Cade. 4.3. Considerações adicionais. 5. Conclusão.

---

<sup>10</sup> Advogado sênior da área concorrencial do Cescon, Barrieu, Flesch & Barreto Advogados. Graduado em Direito pela Universidade de Brasília e Mestre em Economia pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa.

## 1. Introdução

Periodicamente, uma nova geração de tecnologia móvel é lançada, com diversas melhorias em relação à geração anterior. Assim vem sendo desde 1991, quando foi lançada a 1ª geração de internet móvel, e que introduziu as chamadas de voz em aparelhos sem fio. Na sequência, a 2ª geração marcou o início da tecnologia digital, e a 3ª geração introduziu as videochamadas. Mais recentemente, a 4ª geração trouxe maior velocidade de navegação. E, a partir de 2019, começou a ser difundida a 5ª geração, popularmente conhecida como 5G, cujo objetivo é entregar alta velocidade de rede e conectividade onipresente, para criar um ecossistema de tecnologia eficiente e capaz de suportar as demandas atuais.<sup>11</sup>

O destaque em relação à tecnologia 5G – que vem sendo amplamente utilizada desde 2020, especialmente em países como Coreia do Sul, Estados Unidos e Inglaterra – é o tamanho do salto tecnológico, por sua vez acompanhado de uma implementação que demandará investimentos significativos para ampliação e atualização das redes existentes.

No Brasil, a implementação da 5ª geração vem sendo gradativa, especialmente devido à necessidade de adequação de infraestrutura. Neste contexto, cogita-se que podem ser necessários esforços e colaborações multilaterais, inclusive entre concorrentes, para inserir, no mercado, aparelhos compatíveis com a tecnologia e para expandir a capacidade do sinal, principalmente em locais mais afastados dos grandes centros urbanos.

Tal necessidade de colaboração, ainda que possa ser necessária e trazer inúmeras eficiências, também pode ter o condão de diminuir a concorrência, principalmente em relação aos *players* menores ou entrantes no mercado de operadoras de rede. Dentre as preocupações, por

---

<sup>11</sup> TECMUNDO. 1G, 2G, 3G, 4G e 5G: Entenda a evolução da internet móvel, 2021. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/5g-no-brasil/217230-1g-2g-3g-4g-5g-entenda-evolucao-internet-movel.htm>.

exemplo, questiona-se a redução da capacidade de tomar decisões independentes e o risco de troca de informações concorrencialmente sensíveis. Assim, os acordos de colaboração vêm recebendo atenção das autoridades concorrenciais e regulatórias, e devem observar algumas premissas para não prejudicarem o ambiente concorrencial.

Este artigo, portanto, tratará brevemente de temas como os desafios para implementação do 5G, preocupações concorrenciais derivadas da colaboração e o papel das autoridades concorrenciais e regulatórias neste contexto.

## **2. A tecnologia 5g e as expectativas para a economia e os consumidores**

Recém-lançada e cada vez mais difundida para a população brasileira, a tecnologia 5G chegou ao país para revolucionar o uso da internet móvel e proporcionar uma experiência melhor aos usuários.

Quando comparada com o 4G, tecnologia que atualmente tem uso majoritário no Brasil, o 5G utiliza outras ondas de radiofrequência, o que permite que a nova tecnologia sofra menos interferência e proporcione o envio de dados de maneira mais eficaz.

Isso significa que essa tecnologia não somente disponibilizará uma navegação mais rápida, mas também capacitará o desenvolvimento de novas práticas, dentre as quais podem ser citadas: aulas e consultas remotas, telecirurgias robóticas, implementação mais eficiente de carros autônomos, prevenção de incidentes naturais e monitoramento das cidades, avanço do metaverso e a consolidação do *e-commerce*, com novas estratégias de integração de canais, e inovação focada em Internet das Coisas (IOT).

Já estabelecido em outros países, o 5G também tem contribuído para resultados positivos para a economia, guardando uma correlação direta com a geração de novos negócios e produtos na área industrial, e oportunizando grandes transformações para a sociedade.

No Brasil, a tecnologia já está implementada em todas as capitais e há o objetivo de que ela seja disponibilizada em todas as cidades até 2029.

Há grandes expectativas com relação ao 5G, conexas, por exemplo, ao aumento de produtividade, competitividade e o desenvolvimento da infraestrutura do país. Neste sentido, espera-se que a menor latência e maior agilidade tornem mais eficazes ambientes como aeroportos, usinas, ferrovias e portos, que poderão usufruir dos benefícios decorrentes de mecanismos de otimização de atividades, em razão da quantidade exponencial de dados que precisa ser processada e movimentada.

A tentativa do Brasil de se tornar um membro efetivo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) também revela a necessidade de existirem condições competitivas adequadas nos diversos setores criados e expandidos com a implementação do 5G, assim como de preservar o usuário na conexão e no acesso aos produtos e serviços, que antes não eram viáveis devido à falta de conexão plena. Tudo isso implica na importância de atenção pelas autoridades regulatórias.

Portanto, percebe-se que a tecnologia 5G já faz parte do presente e seguramente estará no futuro do Brasil, possivelmente trazendo uma bagagem de benefícios à economia e ao consumidor, proporcionando um ambiente mais competitivo para empreendedores, empresas, *startups* e consumidores.

Neste contexto, nota-se que também surge a necessidade de avaliar os benefícios da cooperação entre concorrentes para alavancar a implementação do 5G, frente aos riscos de prejudicar os próprios benefícios esperados em relação à competitividade no setor de telecomunicações. É imprescindível, portanto, refletir sobre o papel das autoridades concorrenciais e regulatórias.

### **3. Implementação do 5g — cooperação entre concorrentes e seus impactos concorrenciais**

#### *3.1. O racional da cooperação: divisão de investimentos e geração de eficiências*

A implementação da tecnologia 5G demanda esforços técnicos e investimentos financeiros vultosos, tanto para a sua implementação,

quanto para a sua consolidação e manutenção, mesmo em comparação ao que já foi empregado para a expansão do 4G. Assim, frente às dificuldades para os agentes econômicos financiarem isoladamente tais investimentos, enquanto suportam os riscos referentes ao seu retorno, há certo consenso no setor de que tal empreitada só se torna viável se feita cooperativamente.<sup>12</sup>

De fato, os custos são muito diversos. Dentre os desafios, primeiramente é necessário considerar o acesso ao espectro de frequência. Enquanto é certo que o 5G utiliza frequências mais altas, a rede também necessitará dos espectros de média e baixa frequência como suporte, o que implica nos custos de acessar tais redes, alugar ou compartilhar com terceiros. Ainda, considerando a necessidade de capacidade de rede que o 5G terá, principalmente em vista do consumo exacerbado de dados previsto para os dispositivos que o utilizam (frente ao que o 4G demanda), é patente que será necessário uma maior e mais densa cobertura de rede – implicando em um desafio de posicionamento da estrutura física – em especial nos espaços urbanos. Por fim, para a manutenção e aprimoramento da tecnologia, é esperado um aumento massivo dos retro investimentos anuais pelas operadoras.<sup>13</sup>

Neste contexto, podem ser delineados, em essência, três mecanismos para fomentar a integração e o aumento de sinergias entre concorrentes: (i) a realização de fusões ou outra forma de integração societária; (ii) a formação de *joint ventures*; e (iii) a celebração de acordos de compartilhamento de redes (“*network sharing agreements*”, ou NSAs”).<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> TAYLOR, Will; CERVERA-JACKSON, Adrien. Competition Implications of the Transition to 5G. *Competition Law International*, vol. 16, n. 2, 2020, p. 3-4.

<sup>13</sup> Todos esses aspectos e mais alguns desafios podem ser melhor analisados em GERADIN, Damien; KARANIKIOTI, Theano. Network sharing and EU competition law in the 5G era: A case of policy mismatch. *TILEC Discussion Paper*, 2020, p.3-4.

<sup>14</sup> TAYLOR, Will; CERVERA-JACKSON, Adrien. Collaboration due to 5G: Unlocking Investment or Reducing Competition? *Antitrust*, Vol. 35, n. 3, American Bar Association, 2021, p. 127.

Utilizando como referência a experiência da União Europeia – que estabeleceu o ambicioso objetivo de ter todas as suas áreas urbanas e rotas de transporte terrestres com total e ininterrupta cobertura de sinal 5G até 2025<sup>15</sup> – a preocupação com relação à viabilidade técnica e financeira da implementação do 5G gerou, de um lado, fusões entre empresas menores e concorrentes mais estabelecidas<sup>16</sup> e, por outro, o crescimento de arranjos de compartilhamento de infraestrutura.<sup>17</sup>

É importante notar que há uma série de acordos de compartilhamentos. Sucintamente, eles podem ser divididos entre passivos ou ativos. Dentre os passivos, pode-se compartilhar desde o sítio da infraestrutura até as partes em si da estrutura, como as antenas. Nesse caso, as estações, as redes centrais e o espectro de frequência utilizado por cada *player* permanecem distintos. Quanto aos ativos, pode-se compartilhar a rede (“*Multi-Operator Ran Sharing*” ou “MORAN”), onde ainda se mantém as redes centrais e os espectros apartados; o espectro (“*Multi-Operator Core Network*” ou “MOCN”), mantendo apenas as redes centrais apartadas; ou, por fim, a rede central – de modo que todas as estruturas tangíveis e intangíveis são compartilhadas. Cada tipo de acordo representa

---

<sup>15</sup> Veja “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic And Social Committee and the Committee of the Regions - 5G for Europe: An Action Plan”, disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0588>.

<sup>16</sup> Segundo levantamento de Will Taylor e Adrien Cervera-Jackson, há um movimento recente — em especial na Europa — de operações “quatro para três”, expressão que designa operações no setor de telecomunicações que geram preocupações concorrenciais ao reduzir o número de players no mercado de quatro para três.

<sup>17</sup> Nesse sentido, cabe destacar que a União Europeia têm tomado uma abordagem mais rígida na análise de tais acordos. Um exemplo, é o recente caso O2 CZ/CETIN/T-Mobile CZ (Antitrust: Commission Sends Statement of Objections to O2 CZ, CETIN and T-Mobile CZ for Their Network Sharing Agreement) o qual pode ser visto em: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_19\\_5110](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_5110). Acesso em 24 de abril de 2023. Tal recrudescimento será comentado nas seções seguintes do presente artigo.



uma escalada, de modo que quanto mais ativo o compartilhamento, maiores são as economias, porém menor a independência dos entes comparativos.<sup>18</sup>

O setor de telecomunicações mundial vem considerando, consistentemente, que os acordos de compartilhamento são essenciais para a redução de custos de infraestrutura, evitando a duplicação de certos elementos de rede. Há, assim, maior economia em relação à construção de novas instalações e também à manutenção, em termos de despesas operacionais.<sup>19</sup> Cabe destacar que esses acordos são, em sua maioria, recíprocos, ou seja, ao mesmo tempo em que compartilham sua infraestrutura, as empresas aproveitam a infraestrutura de suas concorrentes.<sup>20</sup>

Conforme bem indica um *benchmark* publicado pelo Ipea sobre compartilhamento de infraestrutura,<sup>21</sup> permite-se, por meio dele, que operadores foquem na provisão de serviços em vez de se preocuparem com a infraestrutura em si, o que pode trazer benefícios não só para a empresa, mas também para os consumidores – como a redução de preços e o consumo de energia. Dessa forma, o compartilhamento de infraestrutura de rede pode ser uma solução vantajosa tanto para os provedores de serviços quanto para os consumidores, além de contribuir para o desenvolvimento da tecnologia 5G e promover benefícios sociais.

Outros autores descrevem os potenciais benefícios sociais do compartilhamento de custos na implantação e operação de serviços, não só a partir da possibilidade de uma cobertura mais rápida, ampla e de melhor qualidade, mas também por conta da possibilidade de que preços

---

<sup>18</sup> GERADIN, Damien; KARANIKIOTI, Theano. Network sharing and EU competition law in the 5G era: A case of policy mismatch. TILEC Discussion Paper, 2020, p. 10–11.

<sup>19</sup> MAIER-RIGAUD, Frank P; IVALDI, Marc; HELLER, C-Phillip. Cooperation Among Competitors: Network Sharing Can Increase Consumer Welfare. 2020, p. 8-9.

<sup>20</sup> Conforme definidos pelo CADE no Ato de Concentração nº 08700.000726/2021-08 (Claro/Tim/Telefónica Vivo/Oi).

<sup>21</sup> BENEDETI ROSA, Maurício. Caracterização, revisão de literatura e benchmark internacional: Compartilhamento de Infraestrutura. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada — Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2022.

mais baixos sejam praticados – devido à concorrência acirrada e à remoção de barreiras à entrada de novos operadores – em razão do compartilhamento de custos operacionais. Esses efeitos combinados podem, em última análise, beneficiar os consumidores com preços mais acessíveis e melhoria na qualidade dos serviços,<sup>22</sup> caso tal fluxo de caixa adicional sirva como fomento para mais investimentos.<sup>23</sup>

Ainda, de acordo com uma pesquisa realizada em 2018, em várias autoridades regulatórias de países da União Europeia (UE), tanto o compartilhamento de infraestrutura ativa quanto passiva oferece uma série de benefícios potenciais. Um dos principais resultados é a capacidade do compartilhamento superar os desafios relacionados à implantação de infraestrutura em locais onde ela não é facilmente replicável, como áreas densamente povoadas, centros históricos de cidades, parques nacionais, locais altamente seguros, entre outros exemplos. Além disso, o compartilhamento de infraestrutura pode oferecer uma maior variedade de escolha ao consumidor, especialmente em áreas onde os operadores enfrentam dificuldades em obter retornos significativos do investimento.

O fluxograma reproduzido abaixo resume os benefícios do compartilhamento de infraestrutura.<sup>24</sup> Por meio do diagrama, os autores conseguiram demonstrar os vários caminhos pelos quais a redução dos gastos de capital (Capex) e de operação (Opex), e a eliminação da necessidade de duplicação de infraestrutura exercem uma influência positiva sobre o crescimento econômico.

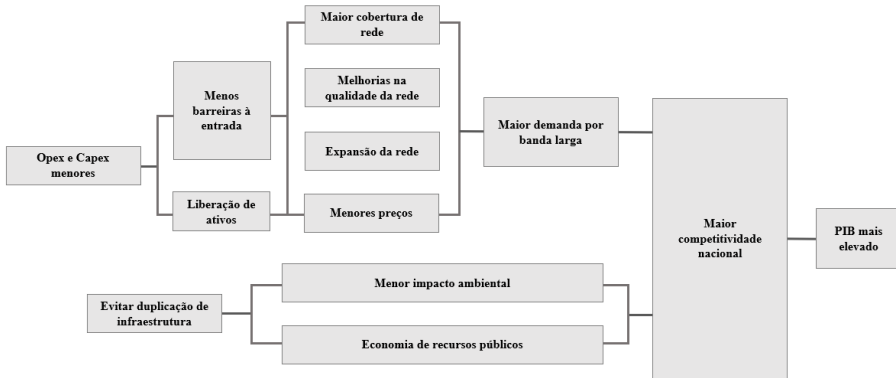
---

<sup>22</sup> BODY OF EUROPEAN REGULATORS FOR ELETRONIC COMMUNICATIONS - BEREC. Common Position on Mobile Infrastructure Sharing, junho de 2019.

<sup>23</sup> Vodafone Hutchison Australia Pty Limited v Australian Competition and Consumer Commission [2020] FCA 117.

<sup>24</sup> CABELLO, S.; ROONEY, D. R.; FERNÁNDEZ, M. New approaches to Telecom infrastructure management in Latin America. Boston: American Tower; SmC+ Digital Public Affairs, 2021.

## Imagem 1 - Fluxograma de benefícios do compartilhamento de infraestrutura



Fonte: Cabello, Rooney e Fernández (2021, p. 27) – tradução livre.

Visando a manter a competitividade dos provedores de rede, é possível, portanto, que os acordos para compartilhamento de infraestrutura – que funcionam como alternativa às fusões e demais operações societárias – sejam considerados melhores por possuírem menor potencial ofensivo à concorrência.

Com o avanço da tecnologia 5G, é então esperado o aumento da celebração de acordos de compartilhamento de infraestrutura (acordos de RAN *sharing*), inclusive com compartilhamento de espectro e venda no mercado secundário, no âmbito da negociação de ativos entre as próprias operadoras, principalmente de faixas que não sejam utilizadas ou que se localizem em áreas não cobertas por determinada operadora. Isso implicará na revisão dos atuais modelos de negócio, aspirando a melhor competitividade e captura de mercados que estão surgindo.<sup>25</sup>

E, com isso, uma importante discussão tem se tornado cada vez mais relevante: o menor potencial lesivo desses acordos é relativo. Em primeiro lugar, as eficiências identificadas dependem de certos fatores que irão determinar seu impacto positivo em termos de investimento, especialmente:

<sup>25</sup> Nota Técnica n.º 33/2020/DEE/CADE, elaborada no âmbito do Processo n.º 08000.023316/2020-33.

(i) a situação financeira e as possibilidades de investimento das empresas envolvidas; e (ii) a extensão das sinergias geradas pela combinação de ativos. Logo, no caso dos acordos de compartilhamento, fatores como o tipo da infraestrutura, onde ela está localizada, a tecnologia em questão e o momento do compartilhamento também são relevantes.<sup>26</sup>

Em suma, tais arranjos possuem claros efeitos pró-competitivos e podem ser importantes viabilizadores da implementação e expansão do 5G no país, mas também têm o potencial de catalisarem diversos riscos concorrenciais, os quais serão analisados a seguir. Desta forma, é fundamental estar atento aos efeitos concorrenciais que os acordos de compartilhamento podem gerar, a fim de proteger cenários que incentivem a eficácia na alocação de recursos e racionais econômicos lícitos, primordialmente garantindo um ambiente concorrencialmente saudável.

### 3.2. *Riscos concorrenciais*

Preocupações concorrenciais relacionadas ao arrefecimento da concorrência entre grandes operadoras, à redução dos incentivos à inovação e dos níveis de rivalidade e ao fortalecimento de barreiras à entrada são apresentadas em um relatório elaborado pelo *Body of European Regulators for Electronic Communication* (BEREC), entidade responsável por regulamentar o setor de telecomunicações na União Europeia.<sup>27</sup>

Um primeiro ponto destacado no relatório diz respeito ao fato de que o compartilhamento de infraestrutura resulta em significativa homogeneidade quanto à cobertura e à qualidade dos serviços prestados pelos diferentes *players*. Com isso, é possível que o consumidor não possa distinguir os produtos ofertados pelas diferentes operadoras, o que acaba por desestimular maiores investimentos em inovação e na difusão de novas tecnologias.

---

<sup>26</sup> TAYLOR, Will; CERVERA-JACKSON, Adrien. Collaboration due to 5G: Unlocking Investment or Reducing Competition? *Antitrust*, Vol. 35, n. 3, American Bar Association, 2021, p. 131.

<sup>27</sup> BODY OF EUROPEAN REGULATORS FOR ELETRONIC COMMUNICATIONS - BEREC. Report on infrastructure sharing, junho de 2018.

Outra preocupação importante cinge a ocorrência de troca de informações concorrencialmente sensíveis inerentes a esses acordos, capazes de facilitar eventual conluio, expresse ou tácito, entre as operadoras. Isso porque as empresas que compartilham a infraestrutura de rede podem ter acesso a variáveis comercialmente relevantes umas das outras (e.g., preços, estratégias de negócios e planos de expansão), podendo criar inclusive uma vantagem anticompetitiva em relação aos concorrentes que não têm acesso a essas informações. Como explica o relatório do BEREC,<sup>28</sup> há redução nos incentivos para as partes tomarem decisões de maneira independente, resultando em riscos relacionados a práticas colusivas que envolvem, por exemplo, a restrição do acesso a redes a *Mobile Virtual Network Operators* (MVNOs), a precificação coordenada dos serviços e outros aspectos relevantes para concessões de espectro. Como consequência, verifica-se o fechamento de mercado para entrantes e *players* de menor porte.<sup>29</sup>

Outros autores também já fizeram considerações sobre os impactos concorrenciais da transição para o 5G.<sup>30</sup> Neste sentido, apesar de reconhecerem os possíveis efeitos pró-competitivos de acordos de compartilhamento de infraestrutura, como a possibilidade de evitar duplicação de alguns elementos de rede, também apontam – em linha com o BEREC – a possibilidade de riscos de efeitos negativos unilaterais, tais como redução na diferenciação dos serviços ofertados; e coordenados, como aumento da previsibilidade sobre o comportamento de concorrentes e compartilhamento de custos, facilitando a colusão tácita.

---

<sup>28</sup> No original: “With respect to active sharing, the assessments raised different competitive concerns: collusion in the wholesale market (refusal to supply MVNOs, conversion of fixed into variable cost and thereby fostering collusion); effect on spectrum awards (circumvention of caps, collusion in spectrum awards); foreclosure from unused passive infrastructure (sites, ...); information exchange that fosters collusion; reduction of competition on significant parameters such as coverage and/or development and spread of new technologies.” BEREC. Report on infrastructure sharing, 2018, p. 14.

<sup>29</sup> Sobre isso, ver CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiania. O CADE e o desafio do 5G. Poder 360, 2021.

<sup>30</sup> Veja TAYLOR, Will; e Cervera-Jackson, Adrien. Competition Implications of the transition to 5G. International Bar Association, dezembro de 2020.

Os referidos autores ainda distinguem os riscos gerados pelo compartilhamento passivo de estruturas, considerados menos problemáticos, e pelo compartilhamento ativo. Neste sentido, o compartilhamento que inclui componentes ativos de RAN, como antenas e estações-base, teria maior potencial de limitar a diferenciação entre as redes e serviços das concorrentes.

As decisões da Comissão Europeia sobre acordos de compartilhamento de estruturas mencionadas no referido trabalho consideram o balanço entre benefícios e riscos. Em 2019, por exemplo, a Comissão Europeia concluiu, preliminarmente, que um acordo de compartilhamento de rede entre O2 CZ/CETIN e T-Mobile CZ reduziria os incentivos para que as MNOs aprimorassem seus serviços, em detrimento do consumidor final, ao invés de gerar eficiências e maior qualidade.

Um importante avanço a se destacar é que, ao menos, as preocupações com a diferenciação dos serviços serão, consoante os autores, mitigadas pela chegada da tecnologia 5G. Isso porque, com o 5G, as características e qualidade do serviço prestado serão definidas principalmente por software e pela *core network*, tipicamente excluída de acordos de compartilhamento. O fatiamento da rede também permitirá que várias MNOs explorem uma mesma estrutura física.

Enquanto isso, na experiência brasileira, há a indicação de que a reciprocidade entre os concorrentes pode diminuir os incentivos para que empresas de grande porte, detentoras de quase a totalidade da infraestrutura de redes no país,<sup>31</sup> firmem acordos de RAN *sharing* com *players* menores. Como reconheceu o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) na análise do ato de concentração que tratou da

---

<sup>31</sup> Conforme Parecer nº 11/2021 no Ato de Concentração nº 08700.000726/2021-08 (Requerentes: Claro S.A., Tim S.A., Telefônica Brasil S.A. e Oi S.A.), “as três Requerentes em conjunto passam a deter nacionalmente 98,35% do mercado nacional dos serviços móveis de voz e dados. Além disso, em todos os 67 DDDs, o CR3 é superior a 75%. Em relação ao mercado de acesso às redes móveis em atacado, as Requerentes passam a deter praticamente a totalidade (100%) das ERBs tanto nacionalmente quanto por DDD. Passam também a possuir ~95% da capacidade de uso de espectro menor que 1GHz e ~98% do espectro entre 1 e 3 GHz no País.”

venda dos ativos móveis da Oi,<sup>32</sup> os acordos de RAN *sharing* entre as empresas de grande porte “resultam em uma espécie de ‘clube’ no qual os demais agentes, caso das MNOs de pequeno porte e de eventuais entrantes, têm dificuldade para participar”.

No mesmo ato de concentração, a Superintendência-Geral do CADE (“SG/CADE”) indicou que aumentos de concentração – sendo uma tendência mundial que atinge o Brasil – intensificam os incentivos para que essas empresas continuem a firmar acordos recíprocos entre si, bem como reduzem os incentivos para que elas cedam, de forma unilateral, acesso a suas redes móveis a eventuais entrantes ou a MNOs de menor porte que busquem expandir sua atuação. Os acordos resultam, portanto, em potencial aumento nas barreiras à entrada nos mercados de redes móveis.

É necessário destacar que, ao analisar a regulamentação e a jurisprudência do CADE sobre o tema, não se constata nenhuma obrigatoriedade de estabelecer acordos de compartilhamento de infraestrutura com *players* de menor porte. Não há, ainda, critérios objetivos que imponham limitações ou parâmetros para a execução de acordos dessa natureza.

De todo modo, acordos desse tipo já foram submetidos à análise do CADE em algumas oportunidades, sendo majoritariamente aprovadas sem restrições pelo Tribunal. Em 2018, à época da implementação de redes 4G, o Tribunal do CADE avocou e aprovou, sem restrições, operação referente ao compartilhamento de redes entre a Tim e a Oi, ao passo que a SG/CADE sequer havia conhecido a operação. Nessa ocasião, ficou entendido, nos termos do voto do ex-Conselheiro João Paulo

---

<sup>32</sup> Ato de Concentração nº 08700.000726/2021-08 (Requerentes: Claro S.A., Tim S.A., Telefónica Brasil S.A. e Oi S.A.).

Resende, que contratos de compartilhamento de ativos deveriam ser necessariamente notificados ao CADE, o que precisaria ser observado para negócios futuros.<sup>33</sup>

Embora a autoridade antitruste brasileira, em diversas oportunidades, tenha conhecido e aprovado sem restrições acordos de compartilhamento de infraestruturas entre empresas do setor de telefonia, isso não significa dizer que o CADE não esteja cautelosamente avançando na avaliação, caso a caso, sobre potenciais efeitos anticompetitivos decorrentes de operações, mas sim que a autoridade, pelo menos por enquanto, vem entendendo que existe “um *trade off* entre ganhos de eficiência e universalização, de um lado, e um arrefecimento da concorrência do outro”,<sup>34</sup> prevalecendo a face voltada às eficiências.

A jurisprudência do CADE será analisada mais profundamente adiante na próxima seção deste artigo. Espera-se, no entanto, o aprimoramento cada vez maior das discussões travadas nas análises de tais acordos, bem como progresso nos padrões exigidos para as suas aprovações.

#### **4. O papel das autoridades antitruste e regulatórias**

Considerando os desafios apresentados nas seções anteriores, a interseção entre concorrência e regulação é e continuará sendo de importância fundamental, sendo necessário compreender o papel das autoridades no controle e na revisão dos acordos de compartilhamento.

Até o momento, tanto a Agência Nacional de Telecomunicações (“ANATEL”) – na qualidade de agência reguladora – quanto o CADE – com papel de proteger a concorrência – não se posicionaram de forma contundente sobre os acordos de compartilhamento de infraestrutura, adotando

---

<sup>33</sup> Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84 (Requerentes: Tim Celular S.A. e Oi Móvel S.A.).

<sup>34</sup> CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiano. O CADE e o desafio do 5G. Poder 360, 2021.



uma postura mais permissiva. Em termos de regulação responsiva<sup>35</sup>, isso se explica em razão do estágio de desenvolvimento inicial da celebração de tais acordos no Brasil.

Isso não significa dizer que inexistente manifestação das autoridades sobre o tema. Pelo contrário, a ANATEL, por exemplo, indicou claras balizas legais que atendem a propósitos antitruste para a operação e celebração dos acordos, como a necessidade de tratamento isonômico e não discriminatório entre *players*, ou ainda, a definição de comportamentos desejáveis e indesejáveis por meio das Resoluções ANATEL nº 454/2006 e nº 544/2010.<sup>36</sup> O CADE, conforme antecipado nos tópicos anteriores, também vem balanceando eventuais riscos e benefícios decorrentes deste tipo de acordo.

Contudo, entende-se que é com o avanço na experiência das autoridades que haverá aumento do *enforcement* para corrigir eventuais falhas e assimetrias no mercado.<sup>37</sup> É nesse contexto que o debate sobre o tema ganha relevância, demandando observação dos efeitos provocados pelos acordos celebrados ou em vigência no mercado<sup>38</sup> e a verificação da alteração das condições de participação e de rivalidade entre *players*.

Portanto, a fim de melhor entender em que passo de abordagem as autoridades referenciais (i.e., ANATEL e CADE) estão atualmente, bem

---

<sup>35</sup> Conforme a teoria de regulação responsiva esposada em “AYRES, I., & BRAITHWAITE, J. Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate. Oxford: Oxford University Press, 1992.”. Para mais detalhes da sua aplicação pela Anatel, ver: MELLO DA SILVA, J. M. A. M. A Regulação Responsiva das Telecomunicações: Novos horizontes para o controle de obrigações pela Anatel. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 3, n. 1, p. 255–280, maio de 2017.

<sup>36</sup> ROS, L. G. Regulação responsiva em contratos de compartilhamento de infraestrutura de Serviço Móvel Pessoal: entre a regulação setorial de telecomunicações e a política antitruste. Revista de Direito Setorial e Regulatório, v. 8, n.º 1, p. 1-37, outubro 2022.

<sup>37</sup> MELLO DA SILVA, J. M. A. M. A Regulação Responsiva das Telecomunicações: Novos horizontes para o controle de obrigações pela Anatel. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 3, n. 1, p. 257, maio de 2017.

<sup>38</sup> Cabe, inclusive, dizer que esse isso é antecipado, conforme as considerações realizadas pela Conselheira Relatora Paula Farani de Azevedo Silveira no Ato de Concentração nº 08700.006656/2020-11 (Requerentes: Claro S.A. e Telefônica Brasil S.A.).

como quais as perspectivas de endereçamentos regulatórios futuros, apresenta-se a seguir uma breve análise da jurisprudência das duas autoridades.

#### 4.1. *Análise da jurisprudência da Anatel*

A pesquisa jurisprudencial referente aos pedidos de anuência de contratos de *RAN sharing* aprovados pela ANATEL foi realizada a partir da biblioteca de jurisprudência<sup>39</sup> da autarquia, e os termos pesquisados foram “*RAN sharing*” e “anuência”, utilizando o filtro “acórdão” e “voto”. Nesses dois universos, foram identificados 10<sup>40</sup> casos de pedido de anuência para a utilização de *RAN sharing*. Dentre os casos analisados, 9 foram julgados e deferidos e apenas 1 estava pendente de julgamento na data da consulta<sup>41</sup>. Os demais resultados da pesquisa que versam sobre o tema tratam de Procedimentos de Apuração de Descumprimento de Item de Cronograma, recursos administrativos, reconsideração de pedido de anuência em decorrência de modificação de grupo societário, entre outros.

A jurisprudência da autarquia demonstra que os pedidos de anuência prévia para contratos de *RAN sharing* possuem alguns parâmetros de análise, como (i) o âmbito de exploração, se nacional ou local; (ii) a ampliação de rede e (iii) o número de habitantes impactados.<sup>42</sup> Além disso, a autarquia entende que as anuências têm o objetivo de garantir a continuidade do serviço móvel, de modo que não haja impactos ou descontinuidades ao serviço prestado e, por fim, que a operação não resulte em malefícios sob a ótica concorrencial.

<sup>39</sup> Disponível em <https://www.anatel.gov.br/biblioteca/> — Último acesso: 02/05/2023.

<sup>40</sup> Processo n.º 53500.303019/2022–54; Processo n.º 53500.040992/2021–76 (Acórdão n.º 11, 31/01/2022); Processo n.º 53500.001164/2021–12 (Acórdão n.º 286, 22/08/2021); Processo n.º 53500.011812/2018–43 (Acórdão n.º 409, 24/07/2018); Processo n.º 53500.010657/2016–86 (Acórdão n.º 281, 09/08/2016); Processo n.º 53508.201554/2015–72 (Acórdão n.º 299, 19/08/2016); Processo n.º: 53500.031688/2012–47, (Despacho n.º 2.719/2013-CD); Processo n.º 53500.001341/2014 Acórdão n.º 133/2014-CD, de 01/04/2014) Processo n.º 53500.017260/2015–34 (Acórdão n.º 555/2015-CD, 17/12/2015); Processo n.º 53500.001089/2014–61 (Acórdão n.º 194/2016-CD, 30/05/2016).

<sup>41</sup> A consulta ocorreu em 02/05/2023.

<sup>42</sup> TELESINTESE. Anatel publica aprovação de *RAN sharing* entre Vivo e TIM.

A análise jurisprudencial evidenciou a prática do consensualismo administrativo, no qual o poder de discricionariedade da agência reguladora determina os critérios de avaliação de acordo com cada caso concreto. Um exemplo da discricionariedade da ANATEL ocorreu no Leilão do 5G,<sup>43</sup> em que os critérios foram apresentados no “Compromisso de Abrangência do Leilão do 5G”, estabelecendo diversas obrigações para as proponentes vencedoras. O compromisso deveria ser assumido pelas vencedoras, para que se pudesse garantir a expansão dos serviços de telecomunicações.

A anuência prévia da ANATEL poderá contar ainda com o monitoramento do acordo por setor responsável, podendo ser revisto e sanado em casos de eventuais descumprimentos. Além disso, a autarquia pode, na análise do acordo, promover uma solução autocompositiva, visando a estabelecer novas regras que preservem as políticas setoriais.

Nessa linha, ressalta-se o recente caso de anuência para acordo de aluguel de espectro de 700 MHz e compartilhamento de rede entre Winity II Telecom Ltda. (“Winity”) e a Telefônica Brasil S.A. (“Vivo”).<sup>44</sup> No caso, em 2021, a Winity sagrou-se vencedora no leilão 5G com a proposta de se tornar uma operadora de rede neutra, comprometendo-se a alugar o espectro adquirido para outras empresas entrantes e de menor porte – previsão expressa no Edital. Entretanto, em agosto de 2022, a Winity e a Vivo celebraram a parceria de compartilhamento de frequência, implicando na necessidade de uma solução autocompositiva – na prática, um novo acordo. O acordo negociado visava a endereçar preocupações relacionadas à viabilidade concorrencial e regulatória da parceria, a assegurar os interesses dos usuários e a maximizar a concretização das metas que devem ser atingidas.

Segundo o Conselheiro Alexandre Freire, relator do processo, a adoção de soluções de autocomposição seria “expediente não apenas salutar, mas também benéfico à resolução pacífica e não judiciosa das questões de interesse público”. Pontuou, também, que

---

<sup>43</sup> ANATEL. Compromissos de abrangência do leilão do 5G, 2022. Disponível em <https://www.gov.br/anatel/pt-br/regulado/universalizacao/compromissos-do-leilao-do-5g>.

<sup>44</sup> Processo nº 53500.303019/2022-54.

[...] além de sua virtuosidade, a busca pela autocomposição dos interesses em atrito nos autos encontra assento legal no disposto no art. 19, inc. XVII, da Lei 9.472/97 (Lei Geral de Telecomunicações) e no art. 26 do DL 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro — LINDB).<sup>45</sup>

A partir da análise dos casos submetidos à avaliação da ANATEL até o momento, verifica-se que a agência não chegou a indeferir quaisquer pedidos de anuência prévia em contratos de *RAN sharing*. No caso em que houve controvérsias, partiu-se para a autocomposição como ferramenta para endereçar as preocupações regulatórias identificadas. Além disso, vale dizer que a anuência dada pela autarquia é de natureza precária, podendo ser monitorada, revista ou sanada.

Por fim, importante destacar que, diferentemente do que ocorre no CADE, a maioria dos documentos (e.g. pareceres, votos, notas técnicas etc.) que lastreiam as análises da ANATEL são confidenciais, o que resulta na menor possibilidade de análise do mérito e dos impactos decorrentes das decisões proferidas pela agência.

---

<sup>45</sup> Ofício nº 18/2023/AF-ANATEL do Processo nº 53500.303019/2022-54.

#### 4.2. *Análise da jurisprudência do Cade*

Com relação à jurisprudência do CADE sobre o tema<sup>46</sup>, a pesquisa identificou 14 atos de concentração notificados ao Cade que discutem – direta ou indiretamente – *RAN sharing*<sup>47</sup>. Desse total, apenas 1 caso continuava pendente de julgamento na data da consulta<sup>48</sup> (Ato de Concentração nº 08700.008322/2022–35, proposto entre a Winity e a Vivo).

---

<sup>46</sup> Para realização da pesquisa, a metodologia utilizada foi a seguinte: (i) acesso ao site institucional do CADE; (ii) ingresso na pesquisa processual pública; (iii) inserção do termo “ran sharing” em “pesquisa livre”; (iv) preenchimento do campo “documentos gerados” e delimitação por “parecer” em “tipo de documento”. Foram encontrados 16 (dezesesseis) resultados. Contudo, alguns dos achados foram descartados por não se enquadrarem aos fins propostos para o presente artigo (por exemplo, eram meramente notas de rodapé). Ademais, cumpre esclarecer que, ao longo da investigação, foram incluídos, também, 4 (quatro) resultados que não constavam da filtragem inicial mencionada, dado que eram atos de concentração anteriores à Resolução n.º 11/2014, que instituiu o Sistema Eletrônico de Informações (SEI) como sistema oficial de gestão de documentos eletrônicos do CADE.

<sup>47</sup> Referido estudo não teve intenção de exaurir a jurisprudência do CADE. Desse modo, é possível existirem outros casos não identificados que podem ser encontrados mediante metodologia distinta.

<sup>48</sup> A consulta ocorreu em 02/05/2023.

Quanto aos demais 13 atos de concentração analisados: 11 foram aprovados, pela SG/CADE, sem restrição<sup>49</sup>; 1 não foi conhecido<sup>50</sup>; e 1 foi impugnado ao Tribunal com recomendação de aprovação condicionada à celebração e cumprimento de Acordo em Controle de Concentração (“ACC”)<sup>51</sup>.

Ainda quanto ao universo das 13 operações submetidas à aprovação do CADE, nota-se que em 6 casos houve desdobramentos da análise no Tribunal, em razão de (i) avocação por algum dos membros do Conselho,<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> Trata-se dos Atos de Concentração nº 08700.009535/2013-93 (Requerentes: Tim Celular S.A., Oi Móvel S.A. e TNL PCS S.A.); 08700.000548/2013-05 (Requerentes: Tim Celular S.A., Oi Móvel S.A. e TNL PCS S.A.); 08700.003536/2013-24 (Requerentes: Claro S.A., Amerigel S.A., Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. - Embratel, Prymesys Soluções Empresariais S.A., Telefônica Brasil S.A. e Vivo S.A.); 08700.002975/2014-09 (Requerentes: Tim Celular S.A., Oi Móvel S.A. e TNL PCS S.A.); 08700.010738/2015-94 (Requerentes: Tim Celular S.A., Telefônica Brasil S.A. e Oi Móvel S.A.); 08700.003598/2016-89 (Requerentes: Telefônica Brasil S.A e Nextel Telecomunicações Ltda.); 08700.002013/2019-56 (Requerentes: Claro S.A. e Nextel Telecomunicações Ltda.); 08700.006163/2019-39 (Requerentes: Telefônica Brasil S.A e TIM S.A.); 08700.006656/2020-11 (Requerentes: Claro S.A e Telefônica Brasil S.A.); 08700.002473/2021-07 (Requerentes: IHS Fiber Brasil - Cessão de Infraestrutura Ltda., TIM S.A. e Fiberco Soluções de Infraestrutura Ltda.); 08700.007109/2022-14 (Requerentes: Telefônica Brasil S.A e TIM S.A.).

<sup>50</sup> Trata-se do Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84 (Requerentes: Tim Celular S.A. e Oi Móvel S.A.). A razão do não conhecimento residiu na conclusão da SG/CADE de que a operação “não preenche os requisitos previstos pela Resolução 17/2016 do CADE que definem um contrato como associativo, fazendo com que não seja possível enquadrá-la como ato de concentração nos termos do artigo 90, inviabilizando, conseqüentemente, sua sujeição aos critérios de notificação obrigatória do artigo 88 da Lei 12.529/2011”.

<sup>51</sup> Trata-se do Ato de Concentração nº 08700.000726/2021-08 (Requerentes: Claro S.A., Telefônica Brasil S.A., TIM S.A. e Oi S.A.), que contemplou três Atos de Concentração distintos, vinculados à aquisição pela Claro, Telefônica e Tim de todos os ativos, obrigações e direitos relacionados às atividades de telefonia móvel do Grupo Oi. Nesse caso específico, a principal preocupação concorrencial não decorria da celebração de contratos de RAN sharing.

<sup>52</sup> No Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84, o Cons. Paulo Burnier propôs a avocação do caso por meio do Despacho Decisório nº 3/2018 (SEI 0473231). Referido despacho ressaltou que a avocação foi motivada pelo fato de o caso em tela configurar um leading case na matéria, já que seria o primeiro contrato de RAN sharing analisado sob a vigência da Resolução nº 17/2016, sendo também o primeiro desses contratos em que o CADE decidiu pelo seu não

(ii) recurso por parte de terceiro interessado<sup>53</sup> ou (iii) impugnação por parte da SG/CADE.<sup>54</sup>

Merece destaque a discussão suscitada pelo Conselheiro João Paulo de Resende no julgamento do Ato de Concentração nº 08700.002276/2018–84. A Operação consistia em Termo Aditivo ao Contrato de Cessão Onerosa Recíproca de Meios de Rede, celebrado entre a Tim Celular S.A. e a Oi Móvel S.A., cujo objeto era a construção e a cessão recíproca onerosa de infraestrutura de rede para a implantação e prestação de serviços de telefonia e banda larga sob a tecnologia 4G por cada uma das requerentes. A versão original do contrato já havia sido submetida à análise do CADE, e a operação foi conhecida e aprovada sem restrições em novembro de 2013, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.09535/2013–93.

Apesar de a operação referente ao contrato original ter sido conhecida pelo CADE em 2013, não foi esse o entendimento da SG/CADE ao avaliar o seu termo aditivo. Conforme apresentado em parecer, a SG/CADE concluiu pelo não conhecimento da nova operação, dado o suposto não enquadramento do contrato como “associativo”, para fins da Resolução nº 17/2016. Contudo, o Tribunal do CADE homologou o despacho de avocação, e o caso foi analisado pelo plenário.

No que diz respeito ao conhecimento do ato de concentração, o Conselheiro Relator João Paulo de Resende entendeu que o termo aditivo

---

conhecimento. No Ato de Concentração nº 08700.007109/2022-14 (Requerentes: Telefônica Brasil S.A e TIM S.A), a Conselheira Lenisa Prado propôs a avocação do por meio do Despacho Decisório n.º 3/2023 (SEI 1195847). Posteriormente, por meio do Despacho Decisório n.º 7/2023 (SEI 1200801), declinou da avocação e acompanhou inteiramente o Parecer da SG/CADE que aprovou sem restrições a Operação. Segundo a Conselheira, os esclarecimentos prestados pelos advogados das partes em reunião após o Despacho de Avocação foram suficientes para dirimir as dúvidas suscitadas no Despacho n.º 3/2023.

<sup>53</sup> Houve recurso de terceiro interessado nos Atos de Concentração nº 08700.006656/2020-11 (Requerentes: Claro S.A e Telefônica Brasil S.A), n.º 08700.006163/2019-39 (Requerentes: Telefônica Brasil S.A e TIM S.A.) e n.º 08700.002013/2019-56 (Requerentes: Claro S.A. e Nextel Telecomunicações Ltda.),

<sup>54</sup> Trata-se do Ato de Concentração nº 08700.000726/2021-08 (Requerentes: Claro S.A., Tim S.A., Telefônica Brasil S.A. e Oi S.A.).

deveria ser notificado ao CADE porque “aprofunda o grau de cooperação entre as empresas e amplia sua escala e escopo”, uma vez que

[...] introduz o compartilhamento de radiofrequência, de modo que a troca de informações sensíveis pode eventualmente ser mais provável e, em segundo lugar, porque amplia o número de sítios compartilhados entre as empresas, havendo, assim, uma ampliação tanto de escopo (diferentes frequências) como da escala (diferentes localidades) da coordenação.

No mérito, o Conselheiro Relator apontou que haveria um “*trade off*” entre, de um lado, os ganhos de eficiência com o compartilhamento da rede e, de outro, a crescente homogeneização de custos, fechamento de mercado e capacidade de coordenação dos agentes, o que levaria à redução da pressão competitiva”<sup>55</sup>. No entanto, o Conselheiro entendeu que a ANATEL estaria em melhores condições de realizar as funções regulatórias e de monitoramento visando à garantia de um ambiente concorrencialmente saudável.

Vale destacar o fato de que o Conselheiro Relator apontou que seria importante aplicar limites à integração entre as operadoras de serviços de telecomunicação, por meio da atuação da ANATEL. Segundo o Conselheiro, 3 pontos que afetam o ambiente concorrencial deveriam ser observados: (i) os limites de compartilhamento de rede entre concorrentes, especialmente em relação ao percentual máximo da rede de cada operadora que poderia ser compartilhado; (ii) a possibilidade de entrada de novos *players* e como ocorreria a adesão à rede compartilhada; e (iii) a delimitação da forma de remuneração entre as partes de contratos de *RAN sharing*, no intuito de mitigar os riscos de redução de incentivos de competição entre as operadoras.

Feitas essas considerações, o Conselheiro Relator votou (i) pelo conhecimento da operação, indicando que o compartilhamento de ativos e a tomada de decisões coletivas sobre variáveis que afetam a oferta no mercado

---

<sup>55</sup> No voto, o Conselheiro Relator destaca que os ganhos de eficiência decorrem da (i) maior rapidez na expansão da rede 4G LTE; (ii) redução dos custos de implantação de novos sites e de manutenção de sites já existentes; (iii) redução dos riscos associados ao negócio; (iv) minimização do impacto do sistema de redes nos espaços urbanos; e (v) melhor aproveitamento do espectro de radiofrequência.



caracterizariam um empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados – o que caracterizaria o contrato como “associativo”; e (ii) pela aprovação sem restrições da operação, em razão das eficiências resultantes da parceria. Por fim, determinou o encaminhamento da íntegra da decisão ao Conselho Diretor da ANATEL e à sua Superintendência de Competição, para conhecimento<sup>56</sup>. Seguindo o voto do Conselheiro Relator, o Tribunal do CADE reviu a decisão de não conhecimento proferida pela SG/CADE e, no mérito, aprovou sem restrições o ato de concentração.

Ao longo dos últimos anos, o CADE segue dando indícios da importância de se avaliar operações de RAN *sharing*. A ex-Conselheira Relatora Paula Farani, em voto proferido no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.006656/2020–11 (Claro S.A./Telefônica Brasil S.A.)<sup>57</sup> destacou inclusive que seria relevante a realização, pelo Departamento de Estudos Econômicos do CADE (“DEE/CADE”) ou por Grupo de Trabalho, de estudo setorial para o monitoramento dos contratos de RAN *sharing*, para avaliar como esses instrumentos impactam a dinâmica concorrencial do setor de telecomunicações.

Outra operação que vale destaque é o Ato de Concentração nº 08700.006163/2019–39 (Telefônica Brasil S.A./TIM S.A.), referente à celebração de dois Contratos de Cessão Recíproca Onerosa de Rede. Os contratos têm por objeto o compartilhamento de meios de rede para implantação e prestação de serviços sob as tecnologias 2G, 3G e 4G pelas requerentes.

Após analisar o caso, a SG/CADE concluiu pela aprovação sem restrições da operação, registrando que eventuais riscos concorrenciais seriam mitigados em razão (i) do escopo e abrangência da parceria estarem

---

<sup>56</sup> A ex-Conselheira Cristiane Alkmin também apresentou interessante manifestação no caso. Em seu voto, a Conselheira destacou que o negócio implicava em riscos concorrenciais, mas que tais preocupações seriam mitigadas pelas eficiências geradas.

<sup>57</sup> O caso em questão abordou contrato de RAN *sharing*, com cessão unilateral, envolvendo 81 (oitenta e um) Estações Rádio Base (ERB) ou “Cell site”, no qual a Telefônica compartilharia sua rede de acesso e espectro de radiofrequência à Claro por meio de contraprestação financeira. A operação foi aprovada sem restrições pela Superintendência-Geral, decisão que foi confirmada pelo Tribunal do Cade.

previamente definidos, (ii) da existência de regras contratuais de governança, (iii) da duração limitada do contrato e (iv) das previsões contratuais que permitiriam a entrada de terceiros no mercado. A SG/CADE entendeu ainda que o aumento de eficiência poderia ser repassado aos consumidores “por meio de menores preços relativos, ou seja, por um aumento de serviços ofertados a preços proporcionalmente menores, restando tal perspectiva mais evidente naquelas localidades em que haverá a evolução tecnológica do 2G para o 4G”.

Após a interposição de recurso pela Claro S.A. (i.e., terceira interessada), o caso foi distribuído para a relatoria da ex-Conselheira Lenisa Prado. Em seu voto, a Conselheira registrou que “os contratos de compartilhamento similares aos que estão sob exame fomentam iniciativas saudáveis e que não geram prejuízo à competição, nem tampouco arrefecem o ímpeto dos concorrentes em ganhar espaço em um mercado muito disputado”, e afirmou que não seria crível presumir que as requerentes “irão reduzir ou prejudicar o acesso das demais concorrentes à facilidade do *roaming*, seja porque nenhuma das cláusulas dos contratos analisados induz a tal comportamento, seja porque a fiscalização da ANATEL continuará a proibir tal prática”. Seguindo o voto da Conselheira Relatora, o Tribunal, por unanimidade, decidiu pelo não provimento do recurso e pela aprovação sem restrições da operação,

A partir da análise dos precedentes do CADE envolvendo *RAN sharing*, é possível verificar que – apesar do amplo reconhecimento das eficiências geradas por acordos de compartilhamento, como a melhoria na qualidade dos serviços de telecomunicação, a redução de custos às operadoras e a ampliação do alcance das redes em questão – o CADE também analisa com cautela as possíveis preocupações concorrenciais advindas destes arranjos entre concorrentes.

Em particular, o CADE já definiu alguns pontos de atenção para a análise de casos envolvendo *RAN sharing*, tais como: (i) a necessidade de se manter a independência entre as operadoras; (ii) o fato de que eventuais trocas de informações devem ser limitadas ao acordo de compartilhamento; (iii) a importância de se manter a diferenciação de preços, qualidade e serviços entre os *players*, minimizando uma possível ação coordenada; e (iv) a

importância de se mitigar potenciais desincentivos à competição no mercado.

O CADE tem, portanto, aprovado atos de concentração que envolvem a celebração de contratos de *RAN sharing* quando essas operações apresentam escopo tecnológico e abrangência bem definidos, adotam mecanismos para mitigar eventual troca de informações concorrencialmente sensíveis (como *chinese walls*),<sup>58</sup> bem como possuem disposições contratuais visando a garantir a possibilidade de entrada de terceiros, mitigando riscos de fechamento de mercado. Sobre as eficiências, destaca-se que eventuais ganhos decorrentes desses acordos devem ser repassados aos consumidores finais, para fins da análise antitruste.

Embora a ampla maioria dos casos envolvendo *RAN sharing* tenha sido aprovada sem restrições pelo CADE, a autoridade ressaltou em diversas oportunidades que contratos de *RAN sharing* demandam uma análise atenciosa e casuística, dependendo de fatores como: o grau de concentração do mercado, o potencial aumento de operações envolvendo *players* concorrentes e a interferência na dinâmica concorrencial causada pelas novas tecnologias.

#### 4.3. Considerações adicionais

De acordo com os precedentes analisados, resta claro que as autoridades estão sinalizando maior atenção aos contratos de compartilhamento. Contudo, o que isso de fato significa, em termos de abordagens regulatórias, ainda não está definido.

Primeiramente, considerando a necessidade de maior clareza sobre quais circunstâncias envoltas em um acordo que acionam maior alarme so-

---

<sup>58</sup> A exemplo do Ato de Concentração n° 08700.006163/2019-39 (Requerentes: Telefônica Brasil S.A e TIM S.A.).

bre a potencial efetivação de riscos concorrenciais, faz-se necessário o estabelecimento de parâmetros mais claros do que será entendido como adequado na análise desses acordos.<sup>59</sup>

Para isso, no caso da ANATEL, sugere-se uma revisão das suas diretivas regulatórias, principalmente do modelo de acompanhamento dos regulados e de exercício do seu controle, bem como dos parâmetros de qualidade exigidos<sup>60</sup> – especialmente em vista dos *standards* que serão realmente aplicáveis à tecnologia do 5G. Vale destacar que, no esteio dessas revisões, caberia também a indicação de especificações técnicas que auxiliem a correção ou encaminhamento de alguns dos riscos apontados, como a transparência entre *players* e a assimetria de informações.<sup>61</sup>

De outro ângulo, sob a perspectiva concorrencial, o CADE já apresenta avanços significativos. Em linha com o apresentado na seção anterior, em seus últimos casos, os riscos considerados vêm sendo destacados, bem como – e mais importante – quais fatores das operações elevam ou mitigam tais riscos, como o fato de o compartilhamento ser ativo ou passivo.

---

<sup>59</sup> A imprescindibilidade de clareza do direcionamento esposado pelas autoridades regulatórias pode ser verificada através da leitura das críticas estabelecidas em GERADIN, Damien; KARANIKIOTI, Theano. Network sharing and EU competition law in the 5G era: A case of policy mismatch. TILEC Discussion Paper, 2020.

<sup>60</sup> MELLO DA SILVA, J. M. A. M. A Regulação Responsiva das Telecomunicações: Novos horizontes para o controle de obrigações pela Anatel. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 3, n. 1, p. 255-280, maio de 2017.

<sup>61</sup> Nesse sentido, a literatura especializada referente às tecnologias aplicadas ao 5G apontam, por exemplo, como a utilização do sistema “soft partition with blocking and dropping (SBD)” pode aumentar a isonomia entre operadores que compartilham espectro, enquanto previne uma sub/hiper-utilização, visto em CHIEN, Hsu-Tung et al. Multi-operator fairness in transparent RAN sharing by soft-partition with blocking and dropping mechanism. IEEE Transactions on Vehicular Technology, v. 67, n. 12, p. 11597-11605, 2018.

É importante considerar ainda que a autoridade apresenta esse direcionamento também em sua função educativa, haja vista o recente lançamento do Caderno do CADE sobre o Mercado de Telecomunicações<sup>62</sup> – o qual inclui uma revisão dos acordos aprovados pelo CADE.

Contudo, considerando que o entendimento da autoridade anti-truste permanece em processo de revisão, é necessário que o CADE, nos próximos casos, apresente um maior amadurecimento das projeções e conjecturas sinalizadas nos últimos atos de concentração analisados, rumo ao estabelecimento de critérios mais objetivos e auto-observáveis pelas operadoras do setor.<sup>63</sup>

De todo modo, há um segundo momento de atuação a ser discutido. Isto é, entendidos tais critérios, e diante de um novo acordo de compartilhamento, quais medidas regulatórias poderiam ser tomadas para mitigação dos riscos levantados? As autoridades já apontam algumas considerações.

Por exemplo, a partir do paradigmático “caso Oi” abordado na seção anterior, o Tribunal do CADE levanta uma importante consideração: a celebração desses acordos, em mercados concentrados, tende a “formar um clube” entre os *players* do mercado, os quais cooperam entre si, excluindo *players* menores.

É possível refletir sobre a possibilidade de serem impostas obrigações de disponibilização de acesso – sejam elas mediante aluguel ou permitindo a entrada de novos integrantes em um mesmo acordo, ainda que em um segundo momento – simétricas ou assimétricas,<sup>64</sup> o que pode variar a depender da natureza do bem compartilhado (estrutura ativa ou passiva),

---

<sup>62</sup> Disponível em: [https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Mercados-de-Telecomunicacoes\\_2023.pdf](https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Mercados-de-Telecomunicacoes_2023.pdf).

<sup>63</sup> GERADIN, Damien; KARANIKIOTI, Theano. Network sharing and EU competition law in the 5G era: A case of policy mismatch. TILEC Discussion Paper, 2020.

<sup>64</sup> BRIGLAUER, Wolfgang et al. The European Electronic Communications Code: A critical appraisal with a focus on incentivizing investment in next generation broadband networks. Telecommunications Policy, v. 41, n. 10, p. 948-961, 2017.

dos *players* engajados e seu poder de mercado e das especificidades do acordo em questão.

Contudo, o acesso ou não às infraestruturas não é a única barreira de mercado e, o enfrentamento dos demais riscos já mencionados – tais como a possível colusão, falta de diferenciação ao consumidor e outros apresentados na Seção 3 deste artigo – pode requerer medidas mais severas.

Nesse sentido, a União Europeia indicou que poderá adotar remédios de ordem estrutural, partindo da determinação de limitação de operações societárias ou acordos de compartilhamento em relação aos ativos compartilhados ou às regiões geográficas de compartilhamento – como áreas mais densamente populosas ou de grande relevância econômica.

A título de exemplo, a Comissão sinalizou positivamente à decisão da Telecom Itália em diminuir a amplitude do seu compartilhamento ativo, deixando de lado as áreas mais populosas da Itália, o que representou a exclusão de 30% da população e mais de 33% dos dados trafegados da operação, na aprovação do caso Telecom Italia/Vodafone/INWIT JV. Partindo disso, em recentes “*network sharing agreements*” analisados, critérios semelhantes foram adotados para aprovação ou não da sua celebração. Por exemplo, o NSA entre SFR e Bouygues Telecom na França excluiu áreas com mais de 200.000 habitantes, considerando também a densidade populacional, o qual foi aprovado. Por outro lado, o já citado O2, CETIN e T-Mobile na República Tcheca, excluiu áreas com uma densidade populacional similar ao NSA francês (no caso, Praga e Berna), mas isso foi considerado insuficiente pela Comissão, que entendeu como problemáticas áreas com menor densidade que o NSA Francês.<sup>65</sup>

Posto que uma restrição desse porte deve ser cautelosamente estudada, frente aos seus potenciais efeitos negativos ao consumidor – restringindo ou enfraquecendo a cobertura em um local, ou forçando as operadoras a multiplicarem suas estruturas nos limitados espaços urbanos<sup>66</sup> – ela ainda

---

<sup>65</sup> GERADIN, Damien; KARANIKIOTI, Theano. Network sharing and EU competition law in the 5G era: A case of policy mismatch. TILEC Discussion Paper, 2020.

<sup>66</sup> GERADIN, Damien; KARANIKIOTI, Theano. Network sharing and EU competition law in the 5G era: A case of policy mismatch. TILEC Discussion Paper, 2020.

pode estar no radar para controlar efeitos manifestamente prejudiciais à concorrência, mantendo-se a lógica de “*trade offs*” adotadas até então pelo CADE.

Ainda, em caráter suplementar, é importante a adoção de métodos que evitem o compartilhamento desnecessário ou abusivo de informações concorrencialmente sensíveis, tais como as “*chinese walls*”, políticas as quais também podem ser reforçados pela ANATEL, sob a perspectiva técnica e operacional.

Vale indicar que todas as possibilidades aqui discutidas se inserem em contexto de uma escalada de *enforcement* para coibir comportamentos indesejados. Todavia, considerando a relevância social e econômica do 5G, é também interessante provocar a reflexão sobre o papel das autoridades, especialmente da ANATEL, no incentivo à implementação da tecnologia por meio da criação de métodos de recompensa às melhores práticas, ou seja, ajustando a sua regulação responsiva através da metodologia do diamante regulatório.<sup>67</sup>

A inclusão de uma política do gênero – aproveitando a oportunidade trazida pela revisão de modelos adotados pela agência reguladora já

---

<sup>67</sup> O diamante regulatório é um modelo teórico de aprimoramento da pirâmide de *enforcement* de Braithwaite proposto em KOLIEB, Jonathan. When to Punish, When to Persuade, When to Reward: Strengthening Responsive Regulation with the Regulatory Diamond. *Monash University Law Review* 41(1), p. 136-162, 2015. Sucintamente, o modelo propõe que as técnicas regulatórias podem ser utilizadas para superar os padrões legais e atingir um standard superior ao prescrito pela norma. Assim, imaginando um losango, a sua parte inferior prescreveria a escalada do *enforcement* legal para atingimento das condições mínimas, as quais representam o meio do losango. A partir disso, rumo à ponta superior, haveria a escala persuasiva – por recompensas e incentivos que atingiriam as melhores condições possíveis. Para melhor compreensão desse modelo ou demais modelos de atualização da teoria da pirâmide de *enforcement* aplicadas ao setor de telecomunicações, ver MELLO DA SILVA, J. M. A. M. A Regulação Responsiva das Telecomunicações: Novos horizontes para o controle de obrigações pela Anatel. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 255-280, maio de 2017.

sugerida acima – é perfeitamente cabível dentre as técnicas que já são utilizadas pela autoridade e pode auxiliar também no aperfeiçoamento do setor,<sup>68</sup> para além do enfrentamento dos riscos concorrenciais.

## 5. Conclusão

A difusão da tecnologia 5G pode significar uma verdadeira revolução, não somente no setor de telecomunicações, mas também em diversos campos da vida dos usuários e da economia. Muito além do aumento de velocidade, espera-se a criação de uma série de novos mercados, que dependem da capacidade dessa rede, bem como o aprimoramento de segmentos tecnológicos já existentes.

Entretanto, a necessidade de investimentos significativos para a implementação do 5G, especialmente no que diz respeito à necessidade de expansão da infraestrutura atual e densificação das redes, bem como a escassez de espectro, são fatores que possivelmente demandarão um aumento relevante nos níveis de cooperação entre concorrentes, em diferentes níveis e modelos.

Como consequência dessa cooperação, são esperadas diversas eficiências, tais como difusão mais rápida da tecnologia, especialmente em locais de difícil acesso, mais qualidade na entrega e preços mais baixos, ao passo que a implementação individual poderia se mostrar muito custosa e pouco atrativa para as empresas. Ainda, aponta-se que, no contexto da tecnologia 5G, as variáveis competitivas tendem a se afastar da infraestrutura física, que é normalmente alvo dos acordos de compartilhamento, e migrar para o campo do software e pesquisa e desenvolvimento.

Por outro lado, principalmente quando se trata do compartilhamento de infraestrutura ativa, tais como antenas, são cogitados os riscos de diminuição dos níveis de rivalidade efetiva entre tais agentes econômicos,

---

<sup>68</sup> MELLO DA SILVA, J. M. A. M. A Regulação Responsiva das Telecomunicações: Novos horizontes para o controle de obrigações pela Anatel. Revista de Direito Setorial e Regulatório, Brasília, v. 3, n. 1, p. 255-280, maio de 2017.



por exemplo, pela possível uniformização de variáveis competitivas importantes, bem como incentivos para fechamento de mercado aos *players* menores e em setores correlatos.

Neste contexto de busca por um equilíbrio entre cooperação e concorrência, torna-se ainda mais importante uma atenção atenta e eficaz da autoridade concorrencial. É certo que o CADE já vem analisando diversas operações no setor de telecomunicações, com a técnica, experiência e ferramentas necessárias para garantir que o mercado se mantenha competitivo, mas ainda buscando aprimorar o entendimento sobre o setor e suas particularidades.

Não obstante, uma resposta também pragmática, e que não crie barreiras desnecessárias aos negócios privados e com impactos pró-competitivos no mercado é esperada. Com isso em mente, já se sugeriu que a autoridade concorrencial não renuncie à análise tradicional e consolidada de concentrações horizontais, sem perder de vista a investigação dos detalhes dos contratos, para que não gerem limitações desnecessárias à atuação independente dos agentes envolvidos, bem como para incluírem mecanismos de governança capazes de bloquear a troca de informações concorrencialmente sensíveis e garantir uma gestão neutra.

No Brasil, uma resposta realmente adequada também depende de interações entre o CADE, a ANATEL e a Secretaria de Acompanhamento Econômico (“SEAE”). Ao passo que o CADE tem a principal função, já indicada, de controlar as concentrações e as potenciais condutas anticompetitivas, ANATEL e SEAE têm um papel fundamental de buscar garantir que a legislação e a regulação setorial acompanhem as transformações do setor, corrijam falhas de mercado e promovam a concorrência, sem criar entraves desnecessários para a inovação e expansão da tecnologia 5G. Ainda, de modo coordenado, CADE, ANATEL e SEAE, podem difundir boas práticas sobre o tema analisado e contribuir para o aprimoramento da política de concorrência no Brasil.

## Referências

BENEDETI ROSA, MAURÍCIO. Caracterização, revisão de literatura e benchmark internacional: Compartilhamento de Infraestrutura. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: Ipea, 2022.

BODY OF EUROPEAN REGULATORS FOR ELECTRONIC COMMUNICATIONS. BEREC Common Position on Mobile Infrastructure Sharing'. Junho, 2019. Disponível em: [https://www.berec.europa.eu/sites/default/files/files/document\\_register\\_store/2019/6/BoR\\_%2819%29\\_110\\_CP\\_Infrastructure\\_sharing.pdf](https://www.berec.europa.eu/sites/default/files/files/document_register_store/2019/6/BoR_%2819%29_110_CP_Infrastructure_sharing.pdf)

BOLIEK, Babette. Competition, Regulation, and 5G (November 1, 2020). The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy 24, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3733733> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3733733>

BOURREAU, M.; HOERNIG, S. H.; MAXWELL, W. Implementing co-investment and network sharing. Brussels: Cerre, May 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3vEOL6a>>.

BRAGA, Rodrigo Bernardes. Fundamentos da Regulação: uma análise jurídica e econômica. 1ª ed. São Paulo. Editora Singular. 2021, p. 48.

BRIGLAUER, Wolfgang et al. The European Electronic Communications Code: A critical appraisal with a focus on incentivizing investment in next generation broadband networks. Telecommunications Policy, v. 41, n. 10, p. 948-961, 2017.

CABELLO, S.; ROONEY, D. R.; FERNÁNDEZ, M. New approaches to Telecom infrastructure management in Latin America. Boston: American Tower; SmC+ Digital Public Affairs, Oct. 2021. Disponível em: <<https://bit.ly/3KHe386>>.

CARVALHO, Vinicius Marques de; LIMA, Ticiania. O Cade e o desafio do 5G. Poder 360, 2021. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/opiniao/o-cade-e-o-desafio-do-5g-por-vinicius-marques-de-carvalho-e-ticiania-lima/>

CHIEN, Hsu-Tung et al. Multi-operator fairness in transparent RAN sharing by soft-partition with blocking and dropping mechanism. IEEE Transactions on Vehicular Technology, v. 67, n. 12, p. 11597-11605, 2018.

EUROPEAN COMMISSION. Antitrust: Commission Sends Statement of Objections to O2 CZ, CETIN and T-Mobile CZ for Their Network Sharing Agreement. “Press Release”. Agosto, 2019. Disponível em: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_19\\_51](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_51)

GERADIN, Damien; KARANIKIOTI, Theano. Network sharing and EU competition law in the 5G era: A case of policy mismatch. TILEC Discussion Paper, 2020, p.3-4.

GUPTA, Kirti. 5G and its anticipated Intellectual Property and Antitrust Policy Issues. CPI Antitrust Chronicle, setembro de 2019. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2019/09/CPI-Gupta.pdf>

JUCÁ, Paulo Renato. A concorrência em regime assimétrico no marco regulatório dos portos: o caso dos terminais de contêineres de Itajaí e Navegantes. Dissertação (Mestrado em Direito da Regulação). Escola de Direito, Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2018.

MAIER-RIGAUD, Frank P; IVALDI, Marc; HELLER, C-Phillip. Co-operation Among Competitors: Network Sharing Can Increase Consumer Welfare. 2020, p. 8-9. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3571354](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3571354).

MELLO DA SILVA, J. M. A. M. A Regulação Responsiva das Telecomunicações: Novos horizontes para o controle de obrigações pela Anatel. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 3, n. 1, p. 255-280, maio de 2017.

ROS, L. G. Regulação responsiva em contratos de compartilhamento de infraestrutura de Serviço Móvel Pessoal: entre a regulação setorial de telecomunicações e a política antitruste. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 8, nº 1, p. 1-37, outubro 2022.

SCHUINA, G. L. (Ed.). *Novos mercados nas telecomunicações: uma perspectiva sobre as novas frentes para a regulação econômica*. Brasília: Anatel, set. 2020.

SIBRISSIA, Helena. 1G, 2G, 3G, 4G e 5G: entenda a evolução da internet móvel. Maio, 2021. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/5g-no-brasil/217230-1g-2g-3g-4g-5g-entenda-evolucao-internet-movel.htm>

TAYLOR, Will; CERVERA-JACKSON, Adrien. Collaboration and Combination Due to 5G: Unlocking Investment or Reducing Competition. *Antitrust*, Vol. 35, n.º 3, 2021. Disponível em: [https://awards.comcurrences.com/IMG/pdf/vol35\\_no3\\_summer2021\\_copyright\\_taylor.pdf?72639/4a238a45e0233894822fd7410ec1868a0ef32617a88b71890d7402e3ed4e1634](https://awards.comcurrences.com/IMG/pdf/vol35_no3_summer2021_copyright_taylor.pdf?72639/4a238a45e0233894822fd7410ec1868a0ef32617a88b71890d7402e3ed4e1634)

TAYLOR, Will; CERVERA-JACKSON, Adrien. Competition Implications of the Transition to 5G. *Competition Law International*, vol. 16, n. 2, 2020, p. 110. Disponível em: <https://www.ibanet.org/article/8fe7b254-f2e9-41b2-a9d6-c259838aeeef0>.

TECMUNDO. 1G, 2G, 3G, 4G e 5G: Entenda a evolução da internet móvel, 2021. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/5g-no-brasil/217230-1g-2g-3g-4g-5g-entenda-evolucao-internet-movel.htm>.

TEECE, David J. 5g and the Global Economy: How static competition policy frameworks can defeat open innovation. *CPI Antitrust Chronicle*,

September 2019, p. 5. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2019/09/CPI-Teece.pdf>

## REWRITING CADE: A PROPOSAL FOR THE “FEMINIST JUDGEMENTS” AGENDA IN BRAZILIAN COMPETITION LAW

*Anna Binotto,<sup>1</sup>  
Daniel Campos<sup>2</sup>*

**Resumo:** O artigo busca analisar o potencial da metodologia de reescrita feminista para o direito concorrencial brasileiro. Inicialmente, apresentamos um panorama geral da metodologia de reescrita feminista e das questões envolvendo gênero e direito concorrencial. Depois, a partir de uma revisão bibliográfica e de análise das decisões do CADE, investigamos três questões jurídicas recorrentemente enfrentadas pelo CADE, buscando identificar o potencial da reescrita feminista no direito concorrencial brasileiro: (i) aplicação de sanções concorrenciais a não-diretores; (ii) remédios e impacto de composição de conselhos de administração nas condutas anticoncorrenciais; e (iii) impacto dos laços familiares nos julgamentos. Concluímos que a metodologia de reescrita no direito concorrencial permitiria tanto iluminar padrões e vieses ocultos em decisões que não se referem, imediatamente, a questões de gênero, quanto demonstrar que teorias feministas podem ser aplicadas efetivamente em matéria concorrencial. Espera-se dar início a uma agenda que incorpore perspectivas feministas como tema amplo no direito concorrencial, não necessariamente restrita a questões feministas clássicas.

**Palavras-chave:** Julgamentos feministas; Reescritas Feministas; Antitruste e gênero; Direito Concorrencial Brasileiro; Ilícitos Empresariais.

**Abstract:** The article seeks to analyze the potential of the “feminist rewritings” methodology in Brazilian competition law. Initially, we present an overview of the feminist rewriting methodology and of the gender debates in competition law. Subsequently, based on the literature review and analysis of CADE's past decisions, we investigate three legal issues in CADE's recent case law in order to identify the potential of the feminist rewriting method in Brazilian competition law: (i) imposition of antitrust sanctions to individuals

---

<sup>1</sup> Bachelor of Law and PhD candidate in Commercial Law at the Faculty of Law of the University of São Paulo. Previously, a visiting researcher at the Ludwig-Maximilians Universität in Munich. Associate lawyer at VMCA, in São Paulo. Coordinator of the Working Group on vertical mergers at Ibrac. Member of CECORE/OAB-SP. Project Manager at the Women in Antitrust – WIA network.

<sup>2</sup> Master Corporate Law from the University of Cambridge and PhD candidate in Commercial Law at the Faculty of Law of the University of São Paulo. Previously, a research fellow in law and economics at the University College of London. Researcher at São Paulo Law School (FGV).

in non-managerial positions; (ii) impact of board diversity on anti-competitive conduct; and (iii) impact of family ties in antitrust enforcement. We conclude that the feminist rewriting methodology in competition law could illuminate hidden patterns and biases in decisions that do not immediately refer to gender issues and could also demonstrate that feminist theories can be effectively applied in competition cases. We hope to initiate an agenda that incorporates a feminist perspective as a broader issue in competition law, not necessarily restricted to classic feminist themes.

**Keywords:** Feminist Judgments; Feminist Rewriting; Gender and Antitrust; Brazilian Competition Law; Corporate Crime.

**Sumário:** 1. A brief overview of feminist rewritings. 2. A glimpse of the “gender and antitrust” debate. 3. Rewriting CADE: a proposal for the incorporation of feminist judgments in Brazilian competition law. 3.1. Sanctions and fines to individuals and non-managers. 3.2. Remedies targeting board composition. 3.3. The assessment of family ties. 4. Concluding remarks and forward-looking agenda.

## 1. A brief overview of feminist rewritings

This paper is the first attempt at applying the rising “feminist rewritings” or “feminist judgment” research agenda and methodology to antitrust law in international academic literature. We present a proposal that can guide authorities and practitioners in considering gender and feminist theory to enforcement and sanctioning decisions, starting from current debates within the case law of Brazil’s competition authority (CADE).

Legal feminist rewriting refers to a methodology that seeks to analyze and reinterpret court decisions from a feminist standpoint. Given the widespread diagnosis of gender imbalances within the judicial system and among public authorities across the world, the project departs from the – rather simple – question: how would a woman have decided this case?<sup>3</sup>In

---

<sup>3</sup> “The woman question asks about the gender implications of a social practice or rule: have women been left out of consideration? If so, in what way; how might that omission be corrected? What difference would it make to do so? In law, asking the woman question means examining how the law fails to take into account the experience and values that seem more typical of women than of men, for whatever reason, or how existing legal standards and concepts might disadvantage women. The question assumes that some features of the law may be not only nonneutral in a general sense, but also “male” in a specific sense. The purpose of the woman

order to provide a well-established answer, distancing from cliché statements and commonplaces, scholars have developed a set of methods that consists of applying the law available at the moment of the rewritten decision to consider different standpoints and provide (potentially) distinct outcomes. Through a rigorous methodological approach, feminist rewriting projects avoid simply questioning historic accounts through a contemporary lens, which could unwantedly lead to overly simple historical revisionism or merely wishful thinking.

The rewriting approach focuses on the legal reasoning and on the arguments (both legal, but often social and political) used in the decision. Thus, the project does not necessarily aim at reaching different decisions, nor at altering precedents and case law, but rather reconstructing its core basis. The practical aspect is key to the relevance of this method; as feminist theories and methods have always been labeled as utopic or far-fetched, feminist rewriting seeks to address those criticisms and show how practical, realistic, and achievable they can be<sup>4</sup>.

In that sense, feminist rewriting methods include intersectional perspectives and wider contextualization of issues, avoiding gender and race stereotypes, and advocating for the integration of feminist research and studies in case law. In summary, feminist rewriting projects encourage the consideration of gender issues and the concrete effects of judgments on socially vulnerable groups and communities.

The first structured projects were conducted by Canadian researchers in the Women's Court of Canada Project<sup>5</sup>, which later inspired scholars

---

question is to expose those features and how they operate, and to suggest how they might be corrected". In: BARTLETT, Katharine T. *Feminist Legal Methods*. *Harvard Law Review*, v. 103, n. 4, p. 837, fev. 1990

<sup>4</sup> HUNTER, Rosemary. The Feminist Judgments Project: legal fiction as critique and praxis. *International critical thought*, v. 5, n. 4, p. 501-508, 2015.

<sup>5</sup> MAJURY, Diana. Introducing the Women's Court of Canada. *Can. J. Women & L.*, v. 18, p. 1-26, 2006. For a discussion of the impact of the "Women's Court of Canada", see: KOSHAN, Jennifer. Impact of the Feminist Judgment Writing Projects: The Case of the Women's Court of Canada. *Oñati Socio-Legal Series*, v. 8, n. 9, 2018.



in the US<sup>6</sup>, the UK<sup>7</sup>, Australia<sup>8</sup>, Mexico<sup>9</sup>, Pakistan<sup>10</sup>, among other jurisdictions. In recent years, legal scholarship has been witnessing an array of projects aiming to rewrite leading decisions within a vast diversity of fields. As a notable example, the Cambridge University Press has released a series of books with rewritten decisions on topics that span from immigration law, criminal law, constitutional law, health law, family law, reproductive justice, and tax law, as well as collections on torts, property law, and corporate law.<sup>11</sup>

In Brazil, this topic is still blooming, but there are remarkable initiatives: the Gender and Law Center at FGV-SP has been conducting the project “Rewriting decisions from a feminist perspective” since 2020;<sup>12</sup> and USP’s Ribeirão Preto Law School (FDRP) and the Institute for Advanced Studies (IEA) hosts the “Feminist Judgements Project – Brazil”, which has recently resulted in a book, which features almost 30 rewritten judicial and

---

<sup>6</sup> STANCHI, Kathryn M.; BERGER, Linda L.; CRAWFORD, Bridget J. (ed.). *Feminist judgments: rewritten opinions of the United States Supreme Court*. Cambridge University Press, 2016.

<sup>7</sup> HUNTER, Rosemary; MCGLYNN, Clare; RACKLEY, Erika (ed.). *Feminist judgments: From theory to practice*. Bloomsbury Publishing, 2010.

<sup>8</sup> DOUGLAS, Heather *et al.* (ed.). *Australian feminist judgments: Righting and rewriting law*. Bloomsbury Publishing, 2014.

<sup>9</sup> HERNANDEZ, Geraldina G. de La Vega; RAMOS, Isabel Montoya (coord.). *Sentencias feministas: reescribiendo la justicia con perspectiva de género - Proyecto México*. Querétaro. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2022.

<sup>10</sup> CHANDRA, Aparna; SEN, Jhuma; CHAUDHARY, Rachna. Righting Together: An Introduction to the Indian Feminist Judgments Project. *VRÜ - Verfassung und Recht in Übersee*, v. 56, n. 1, p. 5-16, 2023.

<sup>11</sup> See the “Feminist Judgment Series: Rewritten Judicial Opinion”. In: CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, Feminist Judgment Series: Rewritten Judicial Opinions. *Cambridge University Press*, 2023. Available at: <https://www.cambridge.org/core/series/feminist-judgment-series-rewritten-judicial-opinions/8710B47B2AAA8168DE73247F7987CCAA>. Last access: 9 sept. 2023.

<sup>12</sup> See information available at: FGV DIREITO SP. “Rewriting decisions from a feminist perspective”. *Gender and Law Center*. 2023. Available at: <https://direitosp.fgv.br/en/research-project/rewriting-decisions-feminist-perspective>. Last access: 9 sept. 2023.

administrative decisions<sup>13</sup> dealing with domestic violence, LGBTQIAP+ rights, housing, public education, labor rights, administrative law, amnesty laws, among others<sup>14</sup>.

As the existent research shows, there are areas of law that have outstanding impacts on women's lives: criminal law, constitutional law, family law, labor law, etc. However, we believe that restricting the methodology to those commonly "gender-sensitive" fields of law limits and ignores its far-reaching transformative potential. Our paper provides a "next step" towards expanding that research agenda and evidence that it has wider applications, especially in fields of law which seldom receive a "feminist lens".

At first glance, antitrust and other fields of economic, commercial, and private law may seem distant and somewhat alien to the Feminist Judgments methodology and overall project. But, this apparent misfit has already been addressed in the international literature: the "Rewriting Corporate Law" leg of the Cambridge University Press project noted that corporations are "at the center of various forms of inequality in our society" and that "the ubiquity of corporate influence makes corporate law a prime standing point for an intersectional analysis that considers the struggles and injuries corporations impose on under-resourced or marginalized populations, including people whose gender expression is non-male, people who are members of racial and ethnic minority groups and people who are working class and poor."<sup>15</sup> This is widely applicable to Brazilian law and is consistent with a greatly developed progressive scholarship on business, corporate, and economic law, which largely translates to antitrust law as well.

---

<sup>13</sup> See for instance: FIDELES, Sirlene M.; FERREIRA, Carolina C. A violência contra a mulher em universidades brasileiras: a perspectiva de gênero em um Processo Administrativo Disciplinar. In: SEVERI, Fabiana Cristina Severi (org.). *Reescrevendo decisões judiciais em perspectivas feministas: a experiência brasileira*. Ribeirão Preto (SP): IEA/FDRP-USP, 2023, p. 786-814.

<sup>14</sup> SEVERI, Fabiana Cristina Severi (org.). *Reescrevendo decisões judiciais em perspectivas feministas: a experiência brasileira*. Ribeirão Preto (SP): IEA/FDRP-USP, 2023.

<sup>15</sup> CHOIKE, Anne; RODRIGUES, Usha R.; WILLIAMS, Kelli Alces (orgs.), *Feminist judgments: corporate law rewritten*, New York: Cambridge University Press, 2022, p. 3.

Brazilian antitrust law is a great case study for the application of the “feminist rewriting” methodology, for several reasons. First, Brazil’s competition policy is recognizably at the forefront of developing countries’ antitrust agenda and has witnessed enhanced enforcement levels, especially on merger review and cartel investigations over the last decade. Second, the greatest exponents of the critical approach to business law are also among the most relevant antitrust scholars in the country.<sup>16</sup> This combination makes Brazil a great benchmark for this interdisciplinary debate. Therefore, our proposal is also coherent with the accumulated tradition in legal scholarship and does not result in an absolute departure from what is already being researched and discussed within the field. Third, as we explore below, the debate on gender sensitivity to antitrust enforcement (and vice-versa) is a fairly developed (despite novel) topic in the specialized literature.

With all of this in mind, we see antitrust enforcement, centered around the decisional practice of the country’s antitrust authority – CADE – as a great case for an attempt to expand the feminist judgement agenda in Brazil. This paper aims to shed light on the issue: while it does not present a concrete rewriting project (i.e., it does not depart from a concrete decision and it does not seek to rewrite one at this point<sup>17</sup>), we highlight three topics – all relevant, current, and recurring in CADE’s case law – that could be interpreted through a feminist lens; and seek to begin to explore our methodological approach.

In addition to this brief introduction, the article develops as follows: Section 2 provides an overview of the gender & antitrust debate and shows why antitrust should be on the radar of the “feminist rewriting”

---

<sup>16</sup> We highlight the works of Paula Forgioni, Ana Frazão and Calixto Salomão Filho - all business and commercial law scholars who are leading voices in Brazilian antitrust and competition policy.

<sup>17</sup> Our approach is consistent with the literature that has sought to provide a methodological framework for feminist rewriting projects before rewriting. See, for instance: CHANDRA, Aparna; SEN, Jhuma; CHAUDHARY, Rachna. Righting Together: An Introduction to the Indian Feminist Judgments Project. *VRÜ-Verfassung und Recht in Übersee*, v. 56, n. 1, p. 5-16, 2023.

method. Section 3 describes the three tendencies in Brazilian antitrust enforcement that would make fruitful rewriting cases. Section 4 concludes and presents a way forward.

## 2. A glimpse of the “gender and antitrust” debate

The gender and competition policy debate is wide and diverse. Since 2018, the OECD has been advocating for this agenda and it has recently launched a project to stimulate the development of evidence (e.g., empirical, statistical, etc.) on gender-inclusive competition policies, which has resulted in the recently launched “Gender Inclusive Competition Toolkit”.<sup>18</sup> Among the work sponsored by the OECD’s Agenda, recent studies have supported a widely held conclusion that the interconnections between gender and antitrust policy are greater than first envisioned<sup>19</sup>.

Commentators have been describing this agenda as a “polyhedral phenomenon” with multiple elements and outcomes<sup>20</sup>, touching on subjects such as gender-influenced market structures, market failures, and relevant market definitions; impacts of gender diversity in competition in labor markets; as well as institutional possibilities of top-down stimuli for increased

---

<sup>18</sup> OECD. *Gender Inclusive Competition Toolkit*, Paris: OECD Publishing, 2023. Available at: <https://www.oecd.org/competition/gender-inclusive-competition-toolkit-0d789043-en.htm>. Last access: 9 sept. 2023.

<sup>19</sup> OECD. *Gender Inclusive Competition Toolkit*, Paris: OECD Publishing, 2023. Available at: <https://www.oecd.org/competition/gender-inclusive-competition-toolkit-0d789043-en.htm>. Last access: 9 sept. 2023.

<sup>20</sup> Among the different profiles surrounding the topic, are included “(a) market power and gender ('gender through the social profile'); (b) women's positions in companies ('gender through the supply profile'); (c) women and conduct control ('gender through the profile of anticompetitive conduct'); (d) women as a group of consumers ('gender through the purchasing profile'); (e) women and structural control ('gender through the relevant market definition profile'); and (f) women's representation in antitrust ('gender through the representation profile').” See: ATHAYDE, Amanda; CAVALCANTI, Mariana Piccoli L. Gênero e antitruste: O fenômeno poliédrico da discriminação por gênero e seus impactos na defesa da concorrência. *Elas no Jota*. **Jota**, 25 feb 2021. Available at: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/elas-no-jota/genero-antitruste-25022021>. Last access: 7 sept. 2023.

gender diversity lead by antitrust authorities (e.g., through behavioral remedies in merger review cases)<sup>21</sup>. Agency prioritization and greater intervention in markets that particularly affect women, demand-side market definition according to better-designed consumer data, restrictions and discrimination in labor markets, entry barriers for women entrepreneurship and gender-based higher transaction costs, market effects of unpaid work and informal economies, price discrimination, collection of personal data and data-driven women-targeted services, are all among those potential elements and outcomes.<sup>22</sup> Such an array of choices can affect different aspects of an antitrust agency's activities: conduct investigation, enforcement, and compliance; advocacy (both structured and *ad hoc*) and market studies; as well as merger review.

Indeed, competition policy affects a diverse set of individuals and is experienced differently by each of them,<sup>23</sup> and that can unfold into different and varied impacts in the “traditional” antitrust assessment and enforcement guidelines. Taking gender into consideration leads to decisions that are reality-adherent and better reflect social foundations that are constitutive of markets and market relations.

One of the key insights reached by the first step of the OECD project is that gender is an additional feature that influences decision-making and should be regarded by competition. That means that gender should not be the primary or priority aspect of competition assessment, but one additional market feature that should be taken into consideration.<sup>24</sup> In fact, when

---

<sup>21</sup> LONG, Sarah. Gender Inequality, Market Distortion and Consumer Welfare: A Call to Action for Competition Authorities. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 10, n. 5, p. 267-268, 2019.

<sup>22</sup> SANTACREU-VASUT, Estefania; PIKE, Chris. Competition policy and gender. *Revue des Droits de la Concurrence - Concurrences*, n. 4, p.1-10, 2019.

<sup>23</sup> BINOTTO, Anna; CONTRI, Camila Leite *et al.* A (Crescente) Relevância do Gênero na Política Antitruste. In: ATHAYDE, Amanda, et al. (coord.). *Mulheres no Antitruste*. v. 5 São Paulo: Singular, 2023, p. 28-37.

<sup>24</sup> OECD. “Key Insights”, *Gender Inclusive Competition Toolkit*, Paris: OECD Publishing, 2023. Available at: <https://www.oecd.org/competition/gender-inclusive-competition-toolkit-0d789043-en.htm>. Last access: 9 sept. 2023.

confronted with scenarios of crisis, antitrust policy is often required to reinvent itself, in order to avoid its intervention capacity and become a low-intensity policy.<sup>25</sup>

With the increasing social pressure against gender inequality, competition authorities are yet to provide definitive answers on how to tackle gender inequality within their own ranks and, in general, on the role gender plays in antitrust enforcement.

### **3. Rewriting CADE: a proposal for the incorporation of feminist judgments in Brazilian competition law**

CADE is no exception to the historical lack of female decision-makers within Brazil's public administration and judicial system. Since its creation in 1964, with over 80 members in its history, CADE has had only 12 female members in its Administrative Tribunal, who have spent most of their term as the sole female representative – the notable exceptions were the years of 2018 and 2019 when 3 female Commissioners were concurrently seated at the Tribunal<sup>26</sup>.

Not surprisingly, gender issues have been widely overlooked by (if not completely absent in) CADE's decisional practice. That is despite the fact that the Brazilian authority has discussed in some specific cases

---

<sup>25</sup> DE CARVALHO, Vinicius Marques. Antitruste under pressure: crises econômicas e impactos nas estratégias de intervenção, *Revista Direito Público*, v. 18, n. 98, p. 825-878, 2021.

<sup>26</sup> DE CARVALHO, Vinicius Marques; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013. Available at: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/livro-50-anos/livro-defesa-da-concorrenca-no-brasil-50-anos.pdf>. Last Access: 8 sept. 2023.

issues that are not “strictly antitrust related” (in its narrowest formulation), having discussed the competitive effects of labor issues<sup>27</sup> and worker<sup>28</sup> coordination, sustainability standards<sup>29</sup>, tax policy<sup>30</sup>, industrial policy<sup>31</sup>, etc. over the years. As mentioned before, that generally derives from the Brazilian constitutional roots of the protection of competition, which subjects antitrust law and policy to the principles that guide the economic and financial

<sup>27</sup> For example, Administrative Proceeding no. 08700.004548/2019-61. See also ATHAYDE, Amanda; DOMINGUES, Juliana Oliveira e SILVA E SOUZA, Nayara Mendonça. O improvável encontro do direito trabalhista com o direito antitruste. *Revista do IBRAC*, v. 24, n. 2, p. 65-93, 2018. LOBO, Catarina, PICCOLI, Júlia. Acordos de não-aliciamento de trabalhadores e suas implicações antitruste. *Jota*. 2021.

<sup>28</sup> For example, Administrative Proceeding no. Processo Administrativo 08012.005135/2005-57. Opinion by Commissioner Ana Frazão. See also, more recently, FRAZÃO, Ana. Dilema antitruste: o Uber forma um cartel de motoristas? Por definir preço de corrida, aplicativo também influenciaria adoção de conduta uniforme? *Jota*, 2016. FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais e repercussões concorrenciais: É possível a negociação coletiva diante dos gigantes da internet? *Jota*, 2017. MACEDO, Alexandre Cordeiro. O Caso Uber e as Possíveis Práticas Restritivas à Concorrência: Colusão ou Conduta Unilateral?, 2018.

<sup>29</sup> For example, Merger Case no. 08700.009905/2022-83. See also, MELO, Lilian Cintra de. A relação entre antitruste e sustentabilidade. *Conjur*, 2021; KUHN, Tilman; CARVALHO, Vinicius Marques. Sustentabilidade no enforcement antitruste do Brasil e da União Europeia. *Jota*. 28.01.2021; CRIVELARI, Aline. *O papel do antitruste brasileiro na consecução do desenvolvimento sustentável: a abordagem da questão ambiental na análise antitruste*. 2018. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

<sup>30</sup> For example, Proceeding no. 08700.002532/2018-33. See also, FREIRE, Rodrigo Veiga Freire. *Livre concorrência tributária: limites legais e institucionais do CADE para prevenir e reprimir condutas anticompetitivas baseadas nos efeitos das normas tributárias*. 2017. 110 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, 2017.

<sup>31</sup> For example, Merger Case no. 08700.003896/2019-11. See also, COSTA, Carolina Saito da. *Defesa da concorrência, política industrial e desenvolvimento tecnológico: a operação Totvs-Datasul*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017; CARVALHO, Vinicius Marques. 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; FUJIMOTO, M. T. . JBS e Atos De Concentração: Neutralidade Concorrencial ou Alinhamento Com A Política Dos Campeões Nacionais?. In: Agnes Macedo de Jesus; Amanda Athayde; Isabela Maiolino; Juliana Oliveira Domingues; Leonor Cordovil; Mylena Augusto de Matos. (Org.). *Mulheres no antitruste*. 1ed.São Paulo: Singular, 2018, v. 1, p. 258-272.

order (the appreciation of the value of human labor and on free enterprise, the ensuring of dignified existence to all citizens, according to the imperative of social justice).

In a recent round of interviews, leading scholars and practitioners of the Brazilian antitrust scene have highlighted the relevance of gender issues in antitrust and the challenges ahead in overcoming them.<sup>32</sup> In that context, we seek to investigate in which ways to apply the methodology of feminist rewriting of CADE decisions. We also hope our work serves as an additional step to put gender on top of the antitrust agenda. In line with feminist rewriting methodology, we argue that a feminist approach could apply in any case regardless of the facts, the context, or the applicable antitrust rules. However, such an extensive feminist approach demands methodological rigor and a clear roadmap for application, which we seek to develop in this article.

For our discussions, we depart from the conception that enforcement systems jog incentives for subjects to comply with the law and control undesirable conduct, creating positive externalities in firm-level behavior. Therefore, we find that our suggestions may unfold into positive signaling to market players, regardless of concrete decisions or the creation of precedents within CADE's enforcement. This proposition is one of the first concrete formulations to bring gender and antitrust into effective policy proposals and agendas in Brazil.

For this proposal, we selected three issues that have (a) been consistently discussed in the specialized literature and/or CADE's case law (rather than specific cases or issues); and (b) cross-sectoral impact (rather than cases that apply to certain specific markets). These are: ( i) the prosecution and sanctioning of individuals in non-managerial positions; (ii) the effects of board composition on anticompetitive behavior and board diversity as an

---

<sup>32</sup> SANTOS, Flávia Chiquito (org.). *10 anos da lei de defesa da concorrência*, São Paulo: IBRAC, 2022 (interviews with Amanda Athayde, Carlos Magalhães, Diogo Coutinho, Leonor Cordovil, Mauro Grinberg, Patrícia Agra and Sonia Dobler all mention the issues of the interface between gender and antitrust).



antitrust remedy; and (iii) the assessment of family ties within merger review and anticompetitive behavior. They are greatly related to what Amanda Athayde and Mariana Piccoli have described as a profile of “gender through the profile of anticompetitive conduct”, which seeks to diagnose the impact of gender in conviction rates, reporting to compliance officers and authorities (e.g., in leniency programs) and investigations.<sup>33</sup> There is particularly growing literature on gender biases in antitrust infringements, both at investigation and sanctioning levels and this is an area where studies have shown a specific connection between gender diversity and antitrust enforcement<sup>34</sup>. Thus, we view those topics as good starting points to test the Feminist Judgements methodology.

### 3.1. *Sanctions and fines to individuals and non-managers*

A current “hot topic” in antitrust enforcement in Brazil is the discussion on how CADE should deal with individuals while investigating anticompetitive conduct. Indeed, Law no. 12,529/2011 allows CADE to investigate and sanction both companies and individuals for all the practices provided thereof. Prosecution of individuals seldom happens in investigations of unilateral conduct and abuse of dominance cases but is very common in cartel cases.

Some scholars are critical of the inclusion of individuals in CADE’s investigations in the first place, and while we could not satisfactorily reconstruct their arguments, we could summarize them by recognizing that it is difficult, time-consuming, and costly to prosecute individuals (especially foreigners) in accordance with due process principles and that criminal law could serve as an adequate means of dissuasion for wrongdoings

---

<sup>33</sup>THAYDE, Amanda; CAVALCANTI, Mariana Piccoli L. Gênero e antitruste: O fenômeno poliédrico da discriminação por gênero e seus impactos na defesa da concorrência. *Elas no Jota. Jota*, 25.02.2021. Available at: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/elas-no-jota/genero-antitruste-25022021>. Last access: 7 sept. 2023.

<sup>34</sup> BORRELL, Joan-Ramon *et al*, *Gender bias in cartel engagement: the role of gender in management boards and how to take the role of gender into account when designing competition law enforcement*, [s.l.]: OECD, 2021.

(at least for cartels) on an individual level.<sup>35</sup> On that backdrop, authorities and practitioners have long discussed the best sanctioning designs for individuals, especially the calculation of applicable fines.

On the one hand, sanctioning should be bound to contributive capacity and overall taxpaying ability, which could mean that individuals should not be sanctioned to excessively high fines. On the other hand, low fines generally lead to a lower deterrent effect and a lax compliance culture. On top of that, the authorities are required to establish the precise contribution of each individual in the coordinated conduct. While one could think that this would mean heavier burdens of proof, in fact, we see a tendency of flexibilization, with an appeal to indirect evidence and *indicia* to convict individuals. That creates a winding road for enforcers.

It is widely recognized that competitive strategies and antitrust infringements are mostly related to senior management representation, rather than lower-level employees. A recent debate within CADE's Administrative Tribunal brought the issue back to the limelight, in discussing parameters to determine fines for individuals who did not hold management positions within their respective firms at the time of the conduct. In a dissenting opinion, Commissioner Sérgio Ravagnani has proposed that Article 37 of Law no. 12,521/2011 only applies to companies and their officers (i.e., presumably those with power to influence and decide the conduction of the business), releasing non-manager individuals from sanctions.<sup>36</sup> This line of thought was followed by other Commissioners but ultimately stands as a minority view among the Tribunal.<sup>37</sup>

We understand that exempting non-managers from being sanctioned by antitrust violations - especially cartels - is coherent with a feminist interpretation of the law. Here is why: literature confirms that women are

---

<sup>35</sup> See for example: MARTINEZ, Ana Paula. Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 6, n. 4, 2015, p. 267.

<sup>36</sup> Administrative Proceeding no. 08700.000066/2016-90. Opinion by Commissioner Sérgio Ravagnani.

<sup>37</sup> For example, Administrative Proceeding no. 08700.003396/2016-37. Opinion by Commissioner Lenisa Prado.

more prone to taking orders from male superiors. In male-dominated environments, women are not encouraged to speak up or to question commands. Conversely, they are widely demanded in day-to-day undertakings and are more likely to multitask and take on other people's assignments.<sup>38</sup> That means that women are exposed, while not calling the shots. This is an issue in a regime of strict (i.e., non-fault-based) liability, which exempts CADE from proving intention (or negligence, for example).

Consider a case in which a mid-level female employee is brought into multiple meetings between her male director boss and several other executives; she is also copied in most of their email exchanges; and is called to sit in and take notes in conference calls. Imagine the company – through its director – is engaging in a cartel. Like many other authorities, CADE would gather a diverse body of evidence to establish the illegal agreement. It will probably rely on indirect evidence: prove that people attended certain in-person meetings; prove that there were commercial exchanges of information between the parties; proof that “prices” were discussed in a certain conference call as per the notes retrieved. That has sufficed to sanction individuals in Brazil before and would probably be enough to have the employee in question charged, even though she had no agency in influencing or directing the illegal behavior.

We concede that there are alternative explanations (i.e., low number of boards with women majorities and possible confirmation biases) and that specific empirical findings may be relevant to support our arguments but suspect it will probably be aligned with the research already published abroad. We obviously do not contend that women be exempted or treated differently from their male colleagues (i.e., CADE takes into consideration that they did not have the same ability to avoid the illegal practice), but only that the potential that this interpretation of the law further oppresses women in their workplace should be taken into consideration when cases are decided. Therefore, we find that rewriting cartel conviction decisions from a

---

<sup>38</sup> HARVARD BUSINESS REVIEW. *Women in the Workplace: A Research Roundup*. September 2013. Available at: <https://hbr.org/2013/09/women-in-the-workplace-a-research-roundup>. Last access: 5 sept. 2023.

feminist perspective is coherent and aligned with the proposal to exempt non-managers from strict liability for anticompetitive conduct.

### 3.2. Remedies targeting board composition

Remedies are a key factor in designing a gender-inclusive competition policy. Perhaps more than fining agents, remedies represent the greatest exercise of authority by an antitrust watchdog, because they ultimately allow the State to effectively intervene in the market and modulate business strategies, private relationships, and market dynamics. Remedies should be tailored in order to target imbalances that constrain the competitive process, thus “more effective consumer remedies are a result of a better understanding of who is harmed”<sup>39</sup>. Indeed, the OECD precisely points out that “remedies that factor in gender considerations may not only improve competition outcomes, but they can also help address gender inequality in markets”.<sup>40</sup>

In this section we suggest one possible remedy to be considered by antitrust authorities in sanctioning anticompetitive conduct (i.e., a non-monetary sanction or negotiated obligation included in cease-and-desist or leniency agreements) that is gender-sensitive, has positive societal and political spill-overs, is coherent with the current state of research, and is adherent to market realities in Brazil: mandated increased board diversity for firms involved in cartels.

Brazil has been witnessing an increased debate on board gender diversity over the past decade, following an equally intensified movement on corporate governance improvement. A growing movement of self-regulatory and industry lead initiatives (e.g., the Women on Board – WOB net-

---

<sup>39</sup> OECD, “Key Insights”, *Gender Inclusive Competition Toolkit*, Paris: OECD Publishing, 2023. Available at: <https://www.oecd.org/competition/gender-inclusive-competition-toolkit-0d789043-en.htm>. Last access: 9 sept. 2023.

<sup>40</sup> OECD, “Key Insights”. *Gender Inclusive Competition Toolkit*, Paris: OECD Publishing, 2023. Available at: <https://www.oecd.org/competition/gender-inclusive-competition-toolkit-0d789043-en.htm>. Last access: 9 sept. 2023.

work) is complemented by a new legislative bill presented before the Brazilian congress that intends to set a 30% quota for female board members in public-traded corporations over a period of four years (Bill no. 785/21).

The “gender and competition policy debate” is greatly intertwined with the board gender diversity discussion. There is particularly growing literature on gender biases in antitrust infringements, both at investigation and sanctioning levels. This is an area where studies have shown a specific connection between gender diversity and antitrust enforcement.<sup>41</sup>

Empirical studies have also shown a positive correlation between increased gender diversity within boards and reduced levels of corporate crime.<sup>42</sup> A study that evaluated a sample of 660 public corporations to assess the impact of gender diversity on corporate obedience and compliance with the law shows that “every one percent increase in female representation on the board is associated with at least a four percent decrease in the probability that the corporation will be associated with a violation of the law.”<sup>43</sup> Another study assessing gendered markers for 83 corporate frauds involving

---

<sup>41</sup> BORRELL, Joan-Ramon *et al*, *Gender bias in cartel engagement: the role of gender in management boards and how to take the role of gender into account when designing competition law enforcement*, [s.l.]: OECD, 2021.

<sup>42</sup> MALERBA, Alexa. Gender Differences in White-Collar Crime and the Importance of Gender Diversity, *Sacred Heart University Academic Festival*, Event 21, 2020. Available at: <https://digitalcommons.sacredheart.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1533&context=acadfest>. Last access: 9 sept. 2023. “The much larger percentage of male involvement in white-collar crime can be attributed to the larger numbers of men in the business workforce, but also the strong masculine dynamic of the corporate workplace. With greater power to influence others, men can more easily influence other males and females, especially females of low ranking positions who easily adopt this behavior to fit in, to assist them or become involved in white-collar crimes.”

<sup>43</sup> BAUM, Ido; GAFNI, Dalit; LAZAR, Ruthy, Gender and Corporate Crime: Do Women on the Board of Directors Reduce Corporate Bad Behavior?, *Michigan Journal of Gender & Law*, n. 29.2, p. 291-350, 2022.

436 defendants concluded that “typically, women were not part of conspiracy groups. When women were involved, they had more minor roles and made less profit than their male co-conspirators.”<sup>44</sup>

Those results are consistent with the findings of the “[g]ender bias in cartel engagement” project sponsored by the OECD, which investigated the hypothesis that “women in the company’s board of directors, senior management positions or director posts may have a significant effect in reducing the firm’s misbehavior, and correspondingly having women as board members may reduce cartel engagement.”<sup>45</sup>

Given the widely supported correlation between gender diversity on the board level and antitrust deterrence, particularly for coordinated practices (e.g., cartels), we find that board diversity could be incorporated into CADE’s decisional practice. That could be done in multiple ways: assessing levels of gender diversity in leadership positions to modulate sanctions; conferring fine reductions for firms with adequate levels of board diversity; or including gender diversity and equality standards in evaluating compliance programs and requirements. A relevant aspect discussed in the aforementioned studies is that cartel busting can lead to board restructuring, which can be a relevant manner to promote gender diversity in board composition. We propose CADE internalizes this concern in modeling sanctions.

A recent empirical study shows that CADE has largely relied on monetary sanctions (i.e., fines) in cases of anticompetitive behavior. However, that paradigm may be at a crossroads, since researchers suggest that non-monetary sanctions can be a powerful instrument to balance over and

---

<sup>44</sup> STEFFENSMEIER, Darrel J. *et al*, Gender and Twenty-First-Century Corporate Crime: Female Involvement and the Gender Gap in Enron-Era Corporate Frauds. *American Sociological Review*, v. 78, n. 3, p. 448-476, 2013.

<sup>45</sup> BORRELL, Joan-Ramon *et al*, *Gender bias in cartel engagement: the role of gender in management boards and how to take the role of gender into account when designing competition law enforcement*, [s.l.]: OECD, 2021.

undeterrence concerns while addressing specific effects resulting from the conduct at hand.<sup>46</sup>

Brazil has a statutory provision (art. 38, Law no. 12,529/2011) that lists several possible non-monetary sanctions for anticompetitive conduct, including the mandatory announcement of the conviction decision, ineligibility for public financing, prohibition to take part in public tenders, as well as structural firm-level measures such as mandatory selling of controlling stake and divestitures. More relevantly, the legislation expressly provides CADE with the power to take “any measures to eliminate harmful effects on the economic order” deriving from anticompetitive behavior (art. 38, VII, Law no. 12,529/2011), which could include a variety (and a combination) of structural and behavioral remedies. Recent empirical research shows that this wide sanctioning provision is overlooked by CADE, despite its great dissuading potentials.<sup>47</sup>

We suggest that CADE is legally allowed to innovate and design new remedies for anticompetitive behavior and that this could include requiring sanctioned companies to adopt board diversity requirements. We find that to be consistent with the findings in the literature and policy proposals included, for example, the OECD Toolkit.

Again, we contend that, in practice, several constraints may appear governance rules included in corporate statutes and shareholders’ agreements governing nominations for the board may pose challenges; compatibility with capital markets regulation (e.g., CVM) and self-regulation will need to be observed; specifics and historical aspects of the firm’s corporate governance may surface, etc. Those issues should be considered (and put into question) upon the rewriting of a cartel-sanctioning decision. However,

---

<sup>46</sup> ATHAYDE, Amanda; CRUVINEL, Renan. Non-Monetary Antitrust Sanctions: The Brazilian Experience between 2012 and 2022 and Some Additional Reflections for International Antitrust Practice, [S.l.] : SSRN. 2022. Available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4282215](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4282215). Last Access: 9 sept. 2023.

<sup>47</sup>BINOTTO, Anna; ATHAYDE, Amanda, Da pena não pecuniária de imposição de qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica - inciso VII do Art. 38 da Lei nº 12.529/2011, In: ATHAYDE, Amanda *et al.* *Sanções não pecuniárias no antitruste*, São Paulo: Singular, 2022.

we suggest that this exercise, if successful, may push CADE to consider this possibility upon designing non-pecuniary sanctions for cartel cases, which may include board diversity and compliance measures. From an academic perspective, it may also push the boundaries of the debate of board diversity in competition law, including issues of race inequality, for instance.

### 3.3. *The assessment of family ties*

A recent study highlights how family ties are strong indicators of anticompetitive behavior and are often used as circumstantial evidence of collusion because they enable the exchange of information and strategic coordination among competing firms.<sup>48</sup> Indeed, CADE's case law includes decision in which the exchange of (competitively sensitive) information among individuals from the same family or with other "relationships of affinity" was presumed to have enabled and facilitated the structuring of the cartel. Family ties and affinity relationships among the individuals under investigation were considered strong evidence that they were colluding in the market.<sup>49</sup> Feminist rewritings of such features of decisions could, for example, attribute a mitigated relevance for such circumstantial evidence when information exchanges occur between spouses. They could also adopt different approaches adopted by foreign jurisdictions, such as invoking family connections to support the existence of a single economic unity and discharging allegations of collusive behavior between family members.<sup>50</sup>

Family ties may also be significant when CADE decides to pierce the corporate veil and impute liability to individual partners. Studies show

---

<sup>48</sup> PARGENDLER, Mariana; SILVA, Mariana Luiza; VÍSPICO, Lucas. Family Ties and the Boundaries of the Firm in Antitrust Law. In: THÉPOT, Florence; TZANAKI, Anna (eds.). *Research Handbook on Competition and Corporate Law* (Forthcoming). Edward Elgar, 2023.

<sup>49</sup> See, for example, Administrative Proceeding no. 08700.007278/2015-17, Technical Note no. 32/2021/CGAA8/SGA2/SG/CADE and Vote by Commissioner Sérgio Costa Ravagnani. Administrative Proceeding no. 08700.000269/2018-48, Technical Note no. 8/2019/CGAA9/SGA2/SG/CADE.

<sup>50</sup> PARGENDLER, Mariana; SILVA, Mariana Luiza; VÍSPICO, Lucas. Family Ties and the Boundaries of the Firm in Antitrust Law. In: THÉPOT, Florence; TZANAKI, Anna (eds.). *Research Handbook on Competition and Corporate Law* (Forthcoming). Edward Elgar, 2023.



that the application disregard doctrine has incidental and procedural application, essentially limited to cases in which CADE cannot locate and/or summon corporations and decides to reach its partners instead.<sup>51</sup> Feminist rewritings of CADE's decision could grasp the interpretation of family ties for cases where "relationships of affinity" implicate female spouses who are formally (but not actually) included in corporate charts to address the legal requirement of plurality of partners or shareholders to incorporate partnerships or corporations in Brazil.<sup>52</sup> Cases of veil piercing in CADE's administrative proceedings should be sensitive to that scenario and, for example, target partners that hold managerial positions, releasing spouses of the burden to respond to a legal suit or investigative proceeding just because they were required by their husbands or family members to legally hold equity in a family-owned partnership.

#### **4. Concluding remarks and forward-looking agenda**

This article is a first step toward the inclusion of gender concerns in antitrust enforcement decisions. Within this ascending debate, our paper is one of the first concrete formulations to bring gender and antitrust into effective policy proposals and agendas in Brazil. Following up, the project "Rewriting CADE" will revise specific decisions in CADE's case law to show that our proposals can be incorporated into competition law and economics, with preciseness and objectiveness, without diverting from the "traditional" assessment by the antitrust authority.

With our paper and project, we also intend to draw attention to the potential developments of expanding the feminist judgements agenda and of applying its methodology to legal reasoning and decision-making outside

---

<sup>51</sup> BARELLI, Amanda Fabbri. *A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no processo administrativo: uma análise sob a perspectiva do direito antitruste*. 2015. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

<sup>52</sup> This was very common before the enactment of Law no. 13,874/2019, which altered the Brazilian Civil Code and included the possibility of incorporating limited liability individual companies.

of “strictly gendered issues”. In line with the international initiatives in re-writing tort law, property law, and commercial law, we find that there is great room for reflection and experimentation, all aligned with the overarching goal of promoting gender parity, equity, equality, and justice.

## References

ATHAYDE, Amanda; CAVALCANTI, Mariana Piccoli L. Gênero e anti-truste: O fenômeno poliédrico da discriminação por gênero e seus impactos na defesa da concorrência. *Elas no Jota*. *Jota*, 25 feb. 2021. Available at: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/elas-no-jota/genero-anti-truste-25022021>. Last access: 7 Sept. 2023.

ATHAYDE, Amanda; CRUVINEL, Renan. Non-Monetary Antitrust Sanctions: The Brazilian Experience between 2012 and 2022 and Some Additional Reflections for International Antitrust Practice, [S.l.] : SSRN. 2022. Available at: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4282215](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4282215). Last Access: 9 sept. 2023.

ATHAYDE, Amanda; DOMINGUES, Juliana Oliveira e SILVA E SOUZA, Nayara Mendonça. O improvável encontro do direito trabalhista com o direito antitruste. *Revista do IBRAC*, v. 24, n. 2, p. 65-93, 2018.

BARELLI, Amanda Fabbri. *A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no processo administrativo: uma análise sob a perspectiva do direito antitruste*. 2015. 153 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

BARTLETT, Katharine T. Feminist Legal Methods. *Harvard Law Review*, v. 103, n. 4, p. 829-888, fev. 1990

BAUM, Ido; GAFNI, Dalit; LAZAR, Ruthy, Gender and Corporate Crime: Do Women on the Board of Directors Reduce Corporate Bad Behavior?. *Michigan Journal of Gender & Law*, n. 29.2, p. 291-350, 2022.

BINOTTO, Anna; ATHAYDE, Amanda, Da pena não pecuniária de imposição de qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica - inciso VII do Art. 38 da Lei nº

12.529/2011, *In: ATHAYDE, Amanda et al. Sanções não pecuniárias no antitruste*, São Paulo: Singular, 2022.

BINOTTO, Anna; CONTRI, Camila Leite *et al.* A (Crescente) Relevância do Gênero na Política Antitruste. *In: ATHAYDE, Amanda, et al. (coord.). Mulheres no Antitruste*. v. 5 São Paulo: Singular, 2023, p. 28-37.

BORRELL, Joan-Ramon *et al.* *Gender bias in cartel engagement: the role of gender in management boards and how to take the role of gender into account when designing competition law enforcement*, [s.l.]: OECD, 2021.

CHANDRA, Aparna; SEN, Jhuma; CHAUDHARY, Rachna. Righting Together: An Introduction to the Indian Feminist Judgments Project. *VRÜ - Verfassung und Recht in Übersee*, v. 56, n. 1, p. 5-16, 2023.

CHOIKE, Anne; RODRIGUES, Usha R.; WILLIAMS, Kelli Alces (orgs.). *Feminist judgments: corporate law rewritten*, New York: Cambridge University Press, 2022.

COSTA, Carolina Saito da. *Defesa da concorrência, política industrial e desenvolvimento tecnológico: a operação Totvs-Datasul*. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

CRIVELARI, Aline. *O papel do antitruste brasileiro na consecução do desenvolvimento sustentável: a abordagem da questão ambiental a análise antitruste*. 2018. 258 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2018.

DE CARVALHO, Vinicius Marques; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. *Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, 2013. Available at: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/livro-50-anos/livro-defesa-da-concorrenca-no-brasil-50-anos.pdf>. Last access: 8 sept. 2023.

DE CARVALHO, Vinicius Marques. Antitruste under pressure: crises econômicas e impactos nas estratégias de intervenção, *Revista Direito Público*, v. 18, n. 98, p. 825-878, 2021.

DOUGLAS, Heather *et al.* (eds.). *Australian feminist judgments: Righting and rewriting law*. Bloomsbury Publishing, 2014.

FIDELES, Sirlene M.; FERREIRA, Carolina C. A violência contra a mulher em universidades brasileiras: a perspectiva de gênero em um Processo Administrativo Disciplinar. *In: SEVERI, Fabiana Cristina Severi (org.). Reescrevendo decisões judiciais em perspectivas feministas: a experiência brasileira*. Ribeirão Preto (SP): IEA/FDRP-USP, 2023, p. 786-814.

FREIRE, Rodrigo Veiga Freire. *Livre concorrência tributária: limites legais e institucionais do CADE para prevenir e reprimir condutas anticompetitivas baseadas nos efeitos das normas tributárias*. 2017. 110 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017.

HARVARD BUSINESS REVIEW. *Women in the Workplace: A Research Roundup*. September 2013. Available at: <https://hbr.org/2013/09/women-in-the-workplace-a-research-roundup>. Last access: 5 sept. 2023.

HERNANDEZ, Geraldina G. de La Vega; RAMOS, Isabel Montoya (coord.). *Sentencias feministas: reescribiendo la justicia con perspectiva de género - Proyecto México*. Querétaro. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2022.

HUNTER, Rosemary; MCGLYNN, Clare; RACKLEY, Erika (eds.). *Feminist judgments: From theory to practice*. Bloomsbury Publishing, 2010.

HUNTER, Rosemary. The Feminist Judgments Project: legal fiction as critique and praxis. *International critical thought*, v. 5, n. 4, p. 501-508, 2015.

KOSHAN, Jennifer. Impact of the Feminist Judgment Writing Projects: The Case of the Women's Court of Canada. *Oñati Socio-Legal Series*, v. 8, n. 9, 2018.

LONG, Sarah. Gender Inequality, Market Distortion and Consumer Welfare: A Call to Action for Competition Authorities. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 10, n. 5, p. 267-268, 2019.

MAJURY, Diana. Introducing the Women's Court of Canada. *Can. J. Women & L.*, v. 18, p. 1-26, 2006.

MALERBA, Alexa. Gender Differences in White-Collar Crime and the Importance of Gender Diversity, *Sacred Heart University Academic Festival*, Event n. 21, 2020. Available at: <https://digitalcommons.sacredheart.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1533&context=acadfest>. Last access: 9 sept. 2023.

MARTINEZ, Ana Paula. Challenges Ahead of Leniency Programmes: The Brazilian Experience. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 6, n. 4, p. 260-268, 2015.

OECD. *Gender Inclusive Competition Toolkit*, Paris: OECD Publishing, 2023. Available at: <https://www.oecd.org/competition/gender-inclusive-competition-toolkit-0d789043-en.htm>. Last access: 9 sept. 2023.

PARGENDLER, Mariana; SILVA, Mariana Luiza; VÍSPICO, Lucas. Family Ties and the Boundaries of the Firm in Antitrust Law. In: THÉPOT, Florence; TZANAKI, Anna (eds.). *Research Handbook on Competition and Corporate Law* (Forthcoming). Edward Elgar, 223.

SANTACREU-VASUT, Estefania; PIKE, Chris. Competition policy and gender. *Revue des Droits de la Concurrence - Concurrences*, n. 4, p.1-10, 2019.

SANTOS, Flávia Chiquito (org.). *10 anos da lei de defesa da concorrência*, São Paulo: IBRAC, 2022.

SEVERI, Fabiana Cristina Severi (org.). *Reescrevendo decisões judiciais em perspectivas feministas: a experiência brasileira*. Ribeirão Preto (SP): IEA/FDRP-USP, 2023.

STANCHI, Kathryn M.; BERGER, Linda L.; CRAWFORD, Bridget J. (eds.). *Feminist judgments: rewritten opinions of the United States Supreme Court*. Cambridge University Press, 2016.