



## Mediação e Direito da Concorrência: apontamentos e perspectivas

### Direito da Concorrência e uso dos ADRs e NDRs

O uso dos ADRs e os NDRs têm potencialidades muito significativas em todos os campos do Direito Concorrencial, notadamente em suas frentes de (i) regulação da concorrência, (ii) da fiscalização e processos sancionatórios em geral e também (iii) das decisões tomadas no âmbito do julgamento dos atos de concentração e condutas anticoncorrenciais (Direito Antitruste).

[1]

Seja em razão das disposições da Lei nº 12.529/11 (Lei de Defesa da Concorrência), seja em virtude da Lei nº 13.140/15 (Lei Geral de Mediação e Autocomposição Administrativa), no âmbito do Cade, o uso dos ADRs e NDRs – notadamente negociação e mediação – pode ocorrer de modo amplo e extensivo, tanto nas atividades desenvolvidas pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, quanto na Superintendência-Geral.

### Mediação aplicada no campo do Direito da Concorrência

Um dos temas mais debatidos da Agenda Antitruste Brasileira atualmente é a possibilidade de conciliação da Arbitragem com o Direito Concorrencial. [2]

Spacca



**Gustavo Justino**  
professor e advogado

Embora o tema de nosso artigo não tenha a arbitragem como foco, cumpre ressaltar que as potencialidades da mediação no Direito da Concorrência não enfrentam as mesmas resistências e desafios de implementação que a arbitragem vem enfrentando atualmente. Isto significa que a base de experimentação da mediação, no campo do Direito Concorrencial, é muito mais ampla e extensa do que as possíveis interseções entre arbitragem e concorrência, que abrem inúmeras janelas de oportunidade para a aplicação da Mediação no campo do Direito Concorrencial como um todo.

A mediação é o método autocompositivo de solução de conflitos, expressado por uma negociação assistida por um terceiro neutro e imparcial, sem a tomada de uma decisão sobre o mérito do conflito em si. Portanto, em linhas gerais, a mediação pode atuar nos processos e procedimentos típicos de tutela da concorrência operados pelo Cade — aqui inclusos os de ordem regulatória, negocial, fiscalizatória e sancionatória — que

abrangem tanto o sistema de controle público (*public enforcement*), quanto o sistema de controle privado (*private enforcement*):

*Public enforcement* — Análise de Condutas Anticompetitivas (controle repressivo) e Análise de Atos de Concentração (controle preventivo)

*Private enforcement* — Artigo 47 da Lei nº 12.529/11, que legitima que os sujeitos prejudicados por infração à ordem econômica, com efeitos na esfera privada, possam pleitear na esfera judicial o ressarcimento da indenização por perdas e danos sofridos pela prática da infração. [3]

Nos casos de *public enforcement*, o uso da mediação torna mais célere, efetiva e responsiva a tomada das decisões ou mesmo a celebração dos acordos que já são parte da cultura regulatória do Cade, podendo servir inclusive de mecanismo de reforço material — e não somente procedimental — das decisões e acordos concorrenciais no sentido de alcançar maior qualidade substancial, estabilidade dessas decisões e acordos, exequibilidade efetividade das multas e demais sanções concorrenciais, evitando-se assim a judicialização excessiva por parte dos particulares,

que ainda paira sob o Sistema de Defesa da Concorrência, especialmente no Cade.

E especificamente nos casos de *private enforcement*, o Cade pode estruturar um sistema de incentivos para a adoção dos ADRs e NDRs, com destaque para a Mediação Extrajudicial da Lei federal nº 13.140/23, adotando uma política de desjudicialização dessas demandas, tornando mais efetiva a busca pelo *enforcement* do sistema de defesa da concorrência como um todo.

### **Metodologias de mediação aplicáveis no Direito da Concorrência**

Sobre as metodologias de Mediação aplicáveis ao campo do Direito Concorrencial, creio que todas as diferentes espécies de mediação têm potencialidades de aplicação aqui:

Mediação avaliativa é o foco do mediador em apoiar as partes por meio da avaliação dos pontos fortes e fracos em termos de suas posições no conflito, auxiliando em possíveis resultados a serem alcançados pelas partes em eventual acordo.

Mediação facilitadora é aqui a mediação que tem um caráter mais de intermediação de interesses e necessidades das partes e como as partes podem encontrar convergências possíveis.

Mediação transformativa é alcançar o acordo autocompositivo aqui não é tanto a finalidade da mediação, e sim a melhoria da relação em si das partes, por meio de uma comunicação mais efetiva.

### **Veto do §16 do artigo 85 da Lei nº 12.529/11 [4] e a abertura para a mediação**

Embora tenha ocorrido o veto em relação à obrigatoriedade do compromisso do TCC de submeter a arbitragem a controvérsia que tenha por objeto pedido de reparação de prejuízos sofridos em razão da infração à ordem econômica é quando a parte prejudicada tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar expressamente com sua instituição, a mediação aqui por ser plenamente incentivada pelo CADE, em seu próprio âmbito ou de modo extrajudicial.

Além disso, mesmo em caso de arbitragem, é possível também incentivar que haja a mediação prévia à arbitragem, configurando-se uma cláusula MED-ARB, por exemplo, ou mesmo um ARB-MED.

### **Conclusões**

Ainda que o Direito Concorrencial tenha caráter eminentemente público e esteja associado ao contexto mais específico de “ordem pública”, existem espaços significativos de atuação e expressão que permitem o uso dos ADRs e NDRs perfeitamente alinhado à própria natureza da regulação da concorrência e dos possíveis resultados do controle, fiscalização e consequentes processos sancionatórios levados a efeito pelo CADE.

Portanto, jamais o uso dos ADRs e NDRs acarretará a substituição da regulação ou da intervenção do CADE para preservação da livre concorrência. Ao contrário, o reforço dos ADRs/NDRs nas atuações corriqueiras e cotidianas do Cade tende a fortalecer a atuação institucional regulatória e fiscalizatória da entidade como um todo, sobretudo na via autocompositiva dos inúmeros acordos firmados, incluindo-se aqueles acordos substitutivos de sanção, tornando-as

mais responsivas e efetivas.

[1] Este artigo baseia-se na palestra por mim proferida no plenário do Cade, no dia 11.11.2023, no evento "Café com Mídia" com o tema "Agradço o convite formulados pelas colegas Dra. Christiana Beyrodt, Dra. Renata Porto Adri e Dra. Juliana Oliveira Domingues. <https://www.youtube.com/watch?v=UZUKqoeb0jk>

[2] Para além de inúmeros artigos publicados, temos os recentes Arbitragem e Direito Concorrencial no Brasil, de Danilo Brum de Magalhães Júnior (Lumen Juris, 2023) e Arbitragem Concorrencial em perspectiva, de Ana Sofia Monteiro Signorelli et al., (Revista dos Tribunais, 2023).

[3] *DO DIREITO DE AÇÃO. Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação. § 1º Os prejudicados terão direito a ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, sem prejuízo das sanções aplicadas nas esferas administrativa e penal. (Incluído pela Lei nº 14.470, de 2022) § 2º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo aos coautores de infração à ordem econômica que tenham celebrado acordo de leniência ou termo de compromisso de cessação de prática cujo cumprimento tenha sido declarado pelo Cade, os quais responderão somente pelos prejuízos causados aos prejudicados. (Incluído pela Lei nº 14.470, de 2022) § 3º Os signatários do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação de prática são responsáveis apenas pelo dano que causaram aos prejudicados, não incidindo sobre eles responsabilidade solidária pelos danos causados pelos demais autores da infração à ordem econômica. (Incluído pela Lei nº 14.470, de 2022) § 4º Não se presume o repasse de sobrepreço nos casos das infrações à ordem econômica previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, cabendo a prova ao rãu que o alegar. (Incluído pela Lei nº 14.470, de 2022). Art. 47-A. A decisão do Plenário do Tribunal referida no art. 93 desta Lei é apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência, permitindo ao juiz decidir liminarmente nas ações previstas no art. 47 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.470, de 2022)*

[4] *Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei. § 1º Do termo de compromisso deverão constar os seguintes elementos: I – a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos, bem como obrigações que julgar cabíveis; II – a fixação do valor da multa para o caso de descumprimento, total ou parcial, das obrigações compromissadas; III – a fixação do valor da contribuição pecuniária ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos quando cabível. § 2º Tratando-se da investigação da prática de infração relacionada ou decorrente das condutas previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, entre as obrigações a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo figurará;*



*necessariamente, a obrigação de recolher ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos um valor pecuniário que não poderá ser inferior ao mínimo previsto no art. 37 desta Lei. § 3º (VETADO). § 4º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática somente poderá ser apresentada uma única vez. § 5º A proposta de termo de compromisso de cessação de prática poderá ter caráter confidencial. § 6º A apresentação de proposta de termo de compromisso de cessação de prática não suspende o andamento do processo administrativo. § 7º O termo de compromisso de cessação de prática terá caráter público, devendo o acordo ser publicado no sítio do Cade em 5 (cinco) dias após a sua celebração. § 8º O termo de compromisso de cessação de prática constitui título executivo extrajudicial. § 9º O processo administrativo ficará suspenso enquanto estiver sendo cumprido o compromisso e será arquivado ao término do prazo fixado, se atendidas todas as condições estabelecidas no termo. § 10. A suspensão do processo administrativo a que se refere o § 9º deste artigo dar-se-á somente em relação ao representado que firmou o compromisso, seguindo o processo seu curso regular para os demais representados. § 11. Declarado o descumprimento do compromisso, o Cade aplicará as sanções nele previstas e determinará o prosseguimento do processo administrativo e as demais medidas administrativas e judiciais cabíveis para sua execução. § 12. As condições do termo de compromisso poderão ser alteradas pelo Cade se se comprovar sua excessiva onerosidade para o representado, desde que a alteração não acarrete prejuízo para terceiros ou para a coletividade. § 13. A proposta de celebração do compromisso de cessação de prática será indeferida quando a autoridade não chegar a um acordo com os representados quanto aos seus termos. § 14. O Cade definirá, em resolução, normas complementares sobre o termo de compromisso de cessação. § 15. Aplica-se o disposto no art. 50 desta Lei ao Compromisso de Cessação da Prática. § 16. (VETADO). [\(Incluído pela Lei nº 14.470, de 2022\)](#)*

**Autores:** Gustavo Justino de Oliveira