

4

O CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES EM PLATAFORMAS DIGITAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS LIMITES E POTENCIALIDADES DO ART. 88, §7º DA LEI Nº 12.529/2011¹

*Merger Control and Digital Platforms: A Critical
Analysis of the Limits and Potentialities of Article
88(7) of Law No. 12,529/2011*

Bruno Polonio Renzetti²

Instituto de Pesquisa e Ensino (Insper) – São Paulo/SP, Brasil

Carolina Saito da Costa³

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP) – São Paulo/SP, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: Considerando recentes discussões doutrinárias sobre uma possível falha no controle de concentrações devido aos critérios de notificação obrigatória de atos de concentração, é relevante investigar a solução proposta pela legislação brasileira, prevista no art. 88, §7º da Lei nº 12.529/2011. A discussão ganha ainda mais relevância quando se trata de operações envolvendo plataformas digitais. Movimentos acadêmicos nos últimos anos têm questionado a forma como o direito da concorrência é aplicado para coibir condutas anticompetitivas perpetradas por plataformas digitais e também seu crescimento por meio aquisições de concorrentes. O problema se coloca ao se verificar que muitas das aquisições não passaram pelo crivo das autoridades de defesa da concorrência devido aos critérios de notificação obrigatória de atos de concentração. O baixo faturamento de empresas-alvo, em que pese sua relevância no mercado, fizeram com que atos de concentração relevantes não fossem notificados às autoridades.

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

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4648392251476133>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-6085-1446>.

1 **Recebido em:** 31/10/2023 **Aceito em:** 08/12/2023 **Publicado em:** 21/12/2023

2 Professor da graduação em direito do Insper, em São Paulo. Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo, LL.M. pela Yale Law School e Mestre em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Membro da Academic Society for Competition Law. Non-Governmental Advisor na International Competition Network. Aprovado no New York Bar Exam. Advogado em Hapner Kroetz Advogados, em Curitiba. **E-mail:** brunopr5@insper.edu.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/0552342887882392> **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-8249-4451>

3 Coordenadora-Geral da divisão de cartéis em licitações da Superintendência-Geral do CADE. Doutoranda em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo, com períodos sanduíches na Faculdade de Ciências Políticas da Universidade de Yale e na Faculdade de Direito da Universidade de Georgetown. Mestra em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, onde também se graduou em Direito. **E-mail:** carolina.saito@usp.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/1336448234603755> **ORCID:** <http://orcid.org/0009-0006-5777-2249>

Objetivo: Avaliar se as ferramentas à disposição do Cade são suficientes para lidar com atos de concentração em mercados digitais que não sejam de notificação obrigatória de acordos com os critérios do art. 88 e art. 90 da Lei nº 12.529/2011. O artigo estuda como o Cade utiliza a prerrogativa do art. 88, §7º em casos concretos e qual seria potencialidade de uso para abordar questões relativas ao controle de estruturas em mercados digitais.

Método: O trabalho foi realizado por meio de revisão bibliográfica da literatura especializada no tema, análise dos registros de debates legislativos durante o processo de aprovação da Lei nº 12.529/2011 e coleta de jurisprudência do banco de dados publicamente disponibilizado pelo Cade.

Conclusões: O trabalho conclui que a prerrogativa do art. 88, 7º, tem sido utilizada de maneira excepcional pelo Cade, em poucas ocasiões. Apesar da pequena amostra de casos, a análise demonstrou haver uma tendência na aplicação do art. 88, §7º em três situações: (i) conhecimento de operações notificadas voluntariamente pelas partes e que não preencheram os requisitos legais de notificação; (ii) determinação de notificação de operações que não preencheram os requisitos legais de notificação; e (iii) menção ao dispositivo legal como uma forma de salvaguarda da defesa da concorrência para aprova um ato de concentração. Não foi encontrada utilização do art. 88, §7º para analisar atos de concentração relativos a mercados digitais.

Palavras-chave: atos de concentração; controle de estruturas; mercados digitais; fusões e aquisições; jurisprudência.

STRUCTURED ABSTRACT

Context: Considering recent academic discussions about a possible flaw in merger control due to mandatory notification criteria for mergers, it is relevant to investigate the solution proposed by Brazilian Competition Act, provided for in Article 88(7) of Law No. 12,529/2011. The discussion is even more relevant when it comes to transactions involving digital platforms. Academic movements in recent years have questioned how competition law is applied to curb anticompetitive conduct perpetrated by digital platforms and their growth through the acquisition of competitors. The problem arises when it is observed that many acquisitions did not undergo scrutiny by competition authorities due to the mandatory notification criteria for mergers. The low turnover of target companies, despite their market relevance, resulted in significant mergers not being notified to the authorities.

Objective: Evaluate whether the tools available to Cade are sufficient to deal with mergers in digital markets that are not subject to mandatory notification according to the criteria of Article 88 and Article 90 of Law No. 12,529/2011. The paper studies how Cade uses the prerogative of Article 88(7) in specific cases and what the potential use would be to address issues related to merger control in digital markets.

Method: The work was conducted through a literature review of specialized literature on the subject, analysis of legislative debates records during the approval process of Law No. 12,529/2011, and the collection of caselaw from the database publicly available by Cade.

Conclusions: The paper concludes that the prerogative of Article 88(7) has been used exceptionally by Cade, on few occasions. Despite the small sample of cases, the analysis showed a tendency in the application of Article 88(7) in three situations: (i) knowledge of transactions voluntarily notified by the parties that did not meet the legal notification requirements; (ii) determination of notification



of transactions that did not meet the legal notification requirements; and (iii) mention of the legal provision as a safeguard for competition defense to clear a merger. No use of Article 88(7) was found to scrutinize digital mergers.

Keywords: merger control; digital markets; merger and acquisitions; caselaw.

Classificação JEL: K21; L40; G34.

Sumário: 1. Introdução; 2. Histórico Legislativo da Lei de Defesa da Concorrência; 3. Aplicação do dispositivo pelo Cade; 3.1 Metodologia da pesquisa; 3.2 Análise dos resultados; 4. Utilizando o art. 88, §7º para enfrentar os desafios do mercado digital; Considerações Finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

A substituição da Lei nº 8.884/1994 pela Lei nº 12.529/2011 marca um momento de afirmação da disciplina concorrencial no Brasil e da própria autoridade antitruste, representada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). A lei de 2011 impôs mudanças significativas para a defesa da concorrência no Brasil, buscando equiparar o arcabouço brasileiro de defesa da concorrência às melhores práticas mundiais, olhando principalmente para as experiências americana e europeia.

Foram diversas as modificações trazidas pela nova legislação concorrencial. Relevante para o presente trabalho foi a mudança no rito de notificação de atos de concentração: o Brasil passou a adotar o sistema prévio de notificação, abandonando a análise *ex post* anteriormente prevista na Lei nº 8.884/1994.

Para entender a relevância dessa mudança, é importante primeiro esclarecer o que a lei de 2011 determina como critério de notificação de operações. Os artigos 88 e 90 da Lei nº 12.529/2011 estabelecem os requisitos para a notificação obrigatória de atos de concentração. De acordo com o art. 88, atualizado pela Portaria Interministerial nº 994 de 30 de maio de 2012, são de notificação obrigatória as operações nas quais um dos grupos econômicos envolvidos tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios no Brasil equivalente ou superior a R\$ 750 milhões e a outra parte, no mínimo, R\$ 75 milhões. Além disso, a operação deve se enquadrar em algumas das hipóteses de negócios jurídicos previstas nos incisos do art. 90 para ser considerada como um ato de concentração (BRASIL, 2011). Dessa forma, os critérios de notificação dos artigos 88 (faturamento) e 90 (tipo de operação) são cumulativos: ambos devem estar presentes para que uma operação seja de notificação obrigatória ao Cade.

Ao impor tais filtros para notificação obrigatória de atos de concentração, naturalmente algumas operações relevantes acabam não sendo analisadas pelo Cade, exatamente por não atingirem os critérios objetivos estabelecidos pela lei. Visando a manutenção da competência do Cade para defender a concorrência e, portanto, analisar casos que possam gerar efeitos negativos aos mercados, mesmo não atingindo os critérios legais de notificação, foi incluído o §7º no art. 88 da Lei nº 12.529/2011, objeto do presente trabalho.

O texto do §7º dispõe que é facultado ao Cade requerer a submissão de atos de concentração

que não se enquadrem nos critérios legais de notificação. Adicionalmente, a fim de garantir segurança jurídica e estabilidade econômica, a legislação limitou o exercício de tal prerrogativa pelo prazo de um ano após a consumação da operação, pois não seria razoável manter tal atribuição ao Cade de maneira ilimitada no tempo. A lei, portanto, confere ao Cade o poder de analisar, em um regime *ex post*, atos de concentração que não são de notificação obrigatória, sendo uma exceção ao regime *ex ante* inaugurado pela lei de 2011.

Neste trabalho, comentaremos sobre a origem do dispositivo e sua discussão legislativa durante a gênese da Lei nº 12.529/2011. Em seguida, será analisado o emprego do art. 88, §7º pelo Cade, bem como o recente debate sobre a utilização do dispositivo para conter abusos de poder econômico nos mercados digitais. Ao final, será apresentada uma breve conclusão.

2. HISTÓRICO LEGISLATIVO DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A Lei nº 12.529/2011 percorreu um longo caminho de 7 anos para ser aprovada e teve origem no Projeto de Lei nº 3.937/2004 (PL/2004)⁴, proposto pelo deputado Carlos Eduardo Cadoca (PMDB/PE). Tal PL/2004 não buscava a revogação completa da Lei nº 8.884/1994, mas sim a alteração de alguns de seus dispositivos, destacando-se para o presente trabalho alterações ao então artigo 54, referente ao controle de estruturas e apreciação de atos de concentração.

Sobre esse tema, o PL/2004 do Deputado Cadoca inovou ao propor o modelo de submissão prévia dos atos de concentração ao Cade, ou seja, que as partes não poderiam concretizar a operação antes da decisão final da autoridade de defesa da concorrência. A proposição legislativa original dispunha que deveriam ser submetidos à apreciação do Cade os atos de concentração em que um dos grupos envolvidos houvesse registrado no último balanço faturamento bruto anual igual ou superior a 400 milhões de reais e o outro grupo houvesse registrado faturamento de 30 milhões de reais. O Cade teria, então, até 90 dias para apreciar o ato após a notificação.

Entretanto, o texto original do PL/2004 não mencionou, em momento algum, a possibilidade de o Cade requerer a submissão de atos de concentração que não alcançassem os patamares de faturamento propostos no PL. Essa inserção somente ocorreu com a apresentação do Projeto de Lei nº 5.877/2005⁵, de iniciativa do Poder Executivo e que foi apensado ao PL/2004 apresentado pelo Deputado Cadoca.

O PL/2005 do Executivo possuía um escopo muito mais amplo do que o PL/2004 originário na Câmara dos Deputados, propondo uma reformulação completa do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC). Entre tais reformulações estava também a mudança para o regime prévio de análise de atos de concentrações, com algumas alterações em relação aos critérios postos pelo PL/2004 do Deputado Cadoca. Importante aqui, entretanto, é o fato de que o PL/2005 do Executivo incluiu a possibilidade de análise pelo Cade de atos de concentração que não preenchessem os critérios de notificação obrigatória. O art. 89, §7º, do PL nº 5.877/2005 assim dispunha: “É facultado ao Cade, no prazo de um ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos

4 Os detalhes sobre a tramitação do referido PL/2004 podem ser encontrados no site da Câmara dos Deputados (BRASIL, 2004).

5 Os detalhes sobre a tramitação do referido PL/2005 podem ser encontrados no site da Câmara dos Deputados (BRASIL, 2005).



atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo” (BRASIL, 2005).

A relatoria dos Projetos de Lei ficou a cargo do então Deputado Ciro Gomes. Em seu longo parecer, de 31 de outubro de 2007, o Relator fez detalhada incursão acerca das mudanças no SBDC. Sobre os atos de concentração, por exemplo, adotou a propositura do Deputado Cadoca, a qual estabelecia valores mais altos de faturamento para submissão obrigatória. Todavia, o Deputado Ciro Gomes também adotou a previsão mencionada acima, presente no art. 89, §7º, do PL/2005 oriundo do Poder Executivo. Em seu relatório, o Relator asseverou o seguinte:

Há uma salvaguarda importante, que mantivemos no Substitutivo, que faculta ao Cade, no prazo de um ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem nos critérios de faturamento. Este dispositivo cumpre um papel importante no sentido de viabilizar uma exigência mais parcimoniosa de submissões. Em tese, apesar de o poder de mercado estar usualmente associado positivamente com o tamanho da empresa, tal correlação não é perfeita. Toda fusão pode gerar um efeito anticompetitivo, mesmo com faturamentos pequenos, dado que os mercados relevantes podem ser regionais ou locais. A obrigação de notificar, no entanto, não pode ser para todas as fusões sob pena de sobrecarregar em demasia a autoridade antitruste. Daí a existência de parâmetros de faturamento tal como discutido nos parágrafos anteriores. A solicitação de submissão de atos fora do enquadramento preencheria esta lacuna de atos praticados por empresas menores, mais ainda sim com efeitos relevantes sobre a concorrência (GOMES, 2007, p. 52).

Esta simples passagem na justificativa do relatório apresentado pelo Deputado Ciro Gomes nos proporciona algumas pistas do que estava na mente do legislador ao incluir tal previsão legislativa.

Primeiro, percebe-se a preocupação com a não submissão excessiva (“parcimoniosa”) de atos de concentração ao Cade. Analisando a situação do Cade na época do relatório, ilustrado no quadro abaixo, verifica-se que o julgamento de atos de concentração ocupava uma grande parte da atividade da autoridade - cerca de 75% dos processos julgados -, porém poucas operações eram vistas como preocupantes - aproximadamente 75% das operações foram analisadas pelo rito sumário e mais de 90% foram aprovadas sem restrições. Acredita-se que esse contexto motivou a preocupação do legislador em criar mecanismos que não abarrotassem o órgão de defesa da concorrência com casos de baixa ou nenhuma relevância concorrencial⁶.

⁶ “A reestruturação do SBDC sempre foi defendida como uma forma de reduzir tempo de análises e de aumentar a eficiência nas decisões. Além disso, a nova lei estabeleceu filtros mais elevados para a obrigatoriedade de submissão de atos de concentração ao crivo do Cade, o que contribuiu para concentrar o foco de atuação da autarquia nos principais casos. A atualização dos critérios que obrigam um negócio a ser submetido ao Cade ajudou a reduzir o grande número de operações que anteriormente passava pelo SBDC e superlotava a estrutura de análise” (CARVALHO; RAGAZZO, 2013, p. 157).

Quadro 1 – Atos de Concentração julgados entre 2004 e 2007

Ano	ACs	% julgados	Sumário	Não Sumário	Sem restrição
2004	651	83,25%	71,01%	28,99%	88,17%
2005	497	74,62%	75,86%	24,14%	90,31%
2006	402	79,3%	75,12%	24,88%	94,88%
2007	563	80,54%	76%	24%	93%

Fonte: Relatórios de Gestão - Cade – 2004-2007⁷

Segundo, o legislador também se manteve atento a não excluir, de maneira peremptória e permanente, a apreciação de atos de concentração que não se encaixassem nos critérios de faturamento - e estabelecer tais critérios é tarefa custosa⁸. A preocupação aqui é clara: manter no radar os efeitos anticompetitivos perpetrados pela participação de empresas menores em atos de concentração.

É naturalmente impossível que uma autoridade da concorrência se ocupe de analisar toda e qualquer operação entre agentes econômicos. Isto criaria um alto custo para o funcionamento dos mercados e um excesso de carga de trabalho para a autoridade, que se veria obrigada a lidar com casos com pouca ou nenhuma relevância. A escolha de um parâmetro – ou filtro – para decidir quais casos devem ser submetidos à análise da autoridade da concorrência busca, assim, selecionar quais casos devem ser investigados. A principal vantagem de parâmetros postos pela lei é a segurança jurídica; por outro lado, os filtros são de difícil atualização e, por vezes, imprecisos (PODSZUN, 2023).

Após a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011 houve, de fato, uma redução do número de atos de concentração de notificação obrigatória perante o Cade, principalmente nos primeiros anos de vigência da lei. Isso ocorreu devido aos novos critérios de notificação, notadamente os valores de faturamento mais altos e a necessidade de se levar em consideração o faturamento de ambas os grupos econômicos envolvidos na operação, não somente de um deles. Entretanto, a partir de 2017, verifica-se crescimento constante do número de atos de concentração analisados pelo Cade:

7 Relatório de Gestão do Cade, referente aos anos de 2004, 2005, 2006 e 2007. Disponível em: https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/auditoria/exercicio_2018_1995.

8 "O estabelecimento desse novo critério visa tentar evitar que negócios jurídicos irrelevantes sob o ponto de vista concorrencial sejam submetidos ao controle do Cade, em razão exclusivamente do faturamento de um dos grupos econômicos envolvidos. [...] Tarefa complexa é afirmar qual deveria ser o exato valor para cada um dos índices de jurisdição do Cade. [...] Não resta dúvida de que o número de atos de concentração inaptos a gerar efeitos negativos à concorrência tende a diminuir com os novos patamares estabelecidos pela Lei 12.529/2011. Contudo, mensurar essa redação é tarefa inglória; tal exercício precisa levar em conta a intensidade futura da atividade econômica, cálculo bastante complexo até mesmo para os mais experientes economistas" (CORDOVIL *et al.*, 2012, p. 198-199).



Gráfico 1 – Atos de concentração julgados entre 2015 e 2022



Fonte: Cade em Números

Percebe-se, assim, que desde 2017 a Lei nº 12.529/2011 não cumpre com os objetivos buscados pelo legislador. Notadamente, o Cade experimenta um aumento constante do número de atos de concentração analisados, ao contrário do que se esperava com a introdução dos novos critérios de faturamento.

Uma das possíveis justificativas para este fenômeno seria a desatualização dos valores de faturamento previstos no art. 88 da Lei de Defesa da Concorrência. A última vez que valores foram atualizados foi em 2012, instituindo os atuais parâmetros de 750 e 75 milhões. Desde então, mais de dez anos de vigência da lei se passaram e não houve nem mesmo atualização dos valores pela inflação. É razoável cogitar uma correlação entre o aumento de atos de concentração julgados e a ausência de atualização dos valores⁹.

A conclusão que se tira a partir da existência dos critérios de faturamento, tanto na antiga Lei nº 8.884/1994 quanto na Lei nº 12.529/2011, resultado dos projetos de lei aqui em comento, cria uma presunção relativa (*juris tantum*) de efeitos anticompetitivos no mercado. Tanto é assim que, ao submeterem atos de concentração ao crivo do Cade, as empresas envolvidas devem demonstrar a ausência de efeitos anticompetitivos e a presença de eficiências oriundas da operação, a fim de

⁹ “[...] a atualização periódica do valor mínimo de faturamento por meio da correção monetária é crucial para manter a relevância e a eficácia desse critério como uma ferramenta de controle da concentração de mercado e defesa da concorrência. Ao considerar a inflação e as mudanças econômicas, garante-se que o limite estabelecido seja justo, adequado e proporcional ao momento em que os atos de concentração são realizados. Ademais, a correção monetária é uma prática comum e amplamente adotada em diversas áreas regulatórias e tributárias, justamente para evitar distorções e assegurar que valores e critérios se mantenham alinhados à realidade econômica.” (BAGNOLI *et al.*, 2023, p. 21).

superar a presunção legal¹⁰. Por outro lado, pode-se dizer que a lei também criou uma presunção relativa de ausência de efeitos anticompetitivos para atos de concentração abaixo dos critérios de faturamento, dado que sua notificação não é obrigatória. Diz-se relativa pois a possibilidade de o Cade requerer a submissão de qualquer operação, em até um ano, opera como um elemento de superação da ideia de que operações envolvendo partes com faturamento abaixo dos parâmetros de notificação seriam pró-competitivas.

Importante notar outra mudança da Lei nº 12.529/2011 em relação à Lei nº 8.884/1994: a exclusão da participação de mercado como um critério para submissão obrigatória dos atos de concentração. O relatório do Deputado Ciro Gomes esclarece que a correlação entre tamanho e poder de mercado não é perfeita. Dessa forma, a exclusão do critério de participação de mercado foi bem-vinda. Da mesma forma, ao analisarmos o art. 88, §7º, abriu-se ao Cade um novo mecanismo para avaliar atos de concentrações de notificação não-obrigatória, ainda que o faturamento - e a participação de mercado - sejam reduzidos.

Apesar de não ser objeto do relatório do Deputado Ciro Gomes, é importante esclarecer que o texto do art. 89, §7º do PL/2005 também facultou ao Cade a análise de negócio jurídico que não se enquadrava nas operações descritas pela lei como ato de concentração. Isso porque, o seu texto dizia que o Cade poderia requerer a notificação de operações “que não se enquadrem no disposto neste artigo” e o art. 91 previa os tipos de negócios jurídicos que seriam considerados atos de concentração “para os efeitos do art. 89”. Esse entendimento, inclusive, foi adotado pelo Cade ao discorrer sobre a aplicação do art. 88, §7º da Lei nº 12.529/2011 - que adotou em sua integralidade os termos do art. 89, §7º do PL/2005, como será detalhado no próximo capítulo do presente trabalho.

A arqueologia jurídica da Lei nº 12.529/2011 não nos proporciona muitas pistas sobre a motivação legislativa por trás do art. 88, §7º. Há somente um parágrafo sobre o tema no relatório do Deputado Ciro Gomes. Entretanto, ainda que as menções sejam esparsas, nota-se que o objetivo principal do dispositivo era não criar um safe-harbour para operações abaixo dos critérios de notificação. É possível que operações que não apresentem preocupações concorrenciais em sua gênese venham a se provar como problemáticas nos meses seguintes à sua consumação. O legislador tomou o cuidado de reservar ao Cade, respeitando a segurança jurídica, a possibilidade de analisar qualquer operação em até um ano após sua data de consumação.

3. APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO PELO CADE

Nesse capítulo, será analisado como o Cade aplicou e aplica o dispositivo do art. 88, §7º, em sua jurisprudência.

¹⁰ Escrevendo em 2014, Paula Forgioni critica as raras ocasiões em que um ato de concentração é bloqueada: “No Brasil, nos últimos anos, foram autorizadas operações que geraram elevado grau de concentração no mercado e, conseqüentemente, descrença da população em relação à atuação do CADE. Também por aqui, embora muitos recursos sejam canalizados para as análises dos atos de concentração, julga-se que poucos deles podem gerar problemas concorrenciais e, quando ocorrem essas hipóteses, são celebrados acordos com a Administração para viabilizar a aprovação sem grandes modificações nos planos originais das empresas.” (FORGIONI, 2014, p. 429).



3.1 Metodologia da pesquisa

A pesquisa de jurisprudência analisou os documentos decisórios proferidos pelo Cade nos quais o dispositivo em questão (art. 88, §7º) foi aplicado. O conjunto de processos descritos neste item foi definido de acordo com a seguinte metodologia. Em um primeiro momento, foi realizada pesquisa processual no Sistema Eletrônico de Informações (SEI), selecionado o item “Finalístico: Apuração de Ato de Concentração” do critério de busca “Tipo de Processo”. Dos resultados gerados, foram considerados apenas os Procedimentos Administrativos para Apuração de Atos de Concentração (APACs) com data superior a 2012, tendo em vista a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011 apenas no referido ano, e até outubro de 2023, data em que foi realizada a pesquisa empírica do presente trabalho. Foram analisados os conteúdos das notas técnicas da Superintendência-Geral do Cade (SG/Cade) e/ou dos votos do Tribunal do Cade - documentos decisórios - para excluir os APACs que discutiam os termos do art. 88, §3º, ou seja, aqueles que analisaram atos de concentração que foram concretizados antes da decisão final do Cade - supostas práticas de *gun jumping*.

Em um segundo momento, foi realizada pesquisa na ferramenta “Busca de Jurisprudência” considerando a Palavras-chave “§7º”. Dos resultados gerados, foram analisados os processos em que houve a menção ao art. 88, §7º e selecionados apenas aqueles em que o Cade aplicou o dispositivo para requerer a notificação de uma operação ou durante a análise de uma operação notificada. Por fim, também foram considerados processos mencionados nos documentos decisórios dos casos previamente selecionados e que utilizaram o art. 88, §7º, para garantir a completude da base de dados de análise.

Considerando esses critérios, foram encontrados sete casos em que houve a análise de operações pelo Cade com base no art. 88, §7º, sendo eles:

Quadro 2 – APACs ou ACs do art. 88, §7º

Número do Processo	Partes Envolvidas	Nomenclatura do Caso
08700.006497/2014-06	Greca Distribuidora de Asfaltos Ltda., Betunel Indústria e Comércio Ltda. e Centro Oeste Asfaltos Ltda.	AC Greca / Betunel / Centro Oeste
08700.009828/2015-32 ¹¹	Guerbert Produtos Radiológicos Ltda. e Mallinckrodt do Brasil	APAC Guerbert / Mallinckrodt
08700.006355/2017-83	SM Empreendimentos Farmacêuticos S.A. e All Chemistry do Brasil Ltda.	APAC SM / All Chemistry
08700.005079/2019-06	Sacel-Serviços de Vigilância e Transporte de Valores Eireli e Prosegur Brasil Transportadora de Valores e Segurança S.A.	APAC Sacel / Prosegur
08700.003903/2020-19	Fleury S.A., Sabin Medicina Diagnóstica S.A. e Wang & Andrade Informática, Comércio e Serviço Ltda.	AC Fleury / Sabin / Wang & Andrade
08700.006454/2023-11	Connexio Participações Ltda. e Schwabe International SE	AC Schwabe/Herbarium
08700.004240/2023-01	MM Turismo & Viagens S/A; 123 Viagens e Turismo Ltda.	APAC 123/MaxMilhas

Fonte: Sistema de Busca de Jurisprudência do Cade.

11 Importante esclarecer que o APAC tramitou com acesso restrito ao Cade e às partes. Por isso foram utilizadas as informações fornecidas no AC nº 08700.005959/2016-21.

Além desses casos, a busca resultou em oito outros em que houve um debate ou menção interessante ao art. 88, §7º, que também serão analisados no presente trabalho, sendo eles:

Quadro 3 – Processo com discussão sobre o art. 88, §7º

Número do Processo	Partes Envolvidas	Nomenclatura do Caso
08700.000258/2015-15	Procuradoria da República no Distrito Federal / Ministério Público Federal; Instituto Brasileiro de Estudo e Defesa das Relações de Consumo (IBEDEC); Carrefour Com. Ind. Ltda. e BRF S.A.	APAC Procuradoria / IBEDEC / Carrefour / BRF
08700.000478/2016-20	Azul S.A. e Hainan Airlines Co., Ltd.	AC Azul / Hainan
08700.005265/2017-75	Delta Air Lines Inc. e Air France - KLM	AC Delta / Air France
08700.002529/2017-39	TAM Linhas Aéreas S.A. e Qatar Airways Q.C.S.C.	AC TAM / Qatar
08700.005210/2018-46	Smaff Automóveis Ltda.; Karlos Cesar Fernandes; Kenya Camila Fernandes Beltrão; e Nilson Barbosa Machado	AC Smaff / Grupo Enzo
08700.001565/2018-66	Mitsui O.S.K. Lines, Ltd. e Nippon Yusen Kabushiki Kaish	AC Mitsui / Nippon
08700.003855/2020-69	BRF S.A. e Upfield Brasil Holding Ltda.	AC BRF / Upfield
08700.001197/2022-32	Cattalini Terminais Marítimos S/A e União Vopak Armazéns Gerais Ltda.	AC Terminais

Fonte: Sistema de Busca de Jurisprudência do Cade.

3.2. Análise dos resultados

Apesar da pequena amostra de casos que formou a base de dados para a pesquisa, a análise dos processos selecionados demonstrou haver uma tendência na aplicação do art. 88, §7º pelo Cade, que foram classificadas em três padrões de aplicação do dispositivo: (i) conhecimento de operações notificadas voluntariamente pelas partes e que não preencheram os requisitos legais de notificação; (ii) determinação de notificação de operações que não preencheram os requisitos legais de notificação; e (iii) menção ao dispositivo legal como uma forma de salvaguarda da defesa da concorrência para aprovar uma operação.

O primeiro caso em que foi identificada a aplicação do art. 88, §7º foi o AC Grega / Betunel / Centro Oeste. As partes decidiram notificar a operação *ad cautelam*, argumentando que nenhum dos grupos econômicos envolvidos havia registrado faturamento igual ou superior aos requisitos legais. Apesar de reconhecer o não preenchimento do requisito de faturamento, a SG/Cade conheceu a operação com base no art. 88, §7º, por ter realizado análises concorrenciais não triviais decorrentes da participação de mercado razoavelmente elevada das partes.

A tendência de aplicar o dispositivo para conhecer operações apenas em casos em que há preocupações concorrenciais foi reforçada na análise do AC Azul / Hainan. Assim como no caso anterior, a operação foi notificada pelas partes *ad cautelam* e a SG/Cade reconheceu que um dos grupos econômicos envolvidos na operação (Grupo HNA) não teria alcançado o critério legal de faturamento para que a operação fosse de notificação obrigatória¹². Porém, diferentemente do AC

12 A relação societária entre Azul e HNA foi objeto de novas considerações pelo Cade durante a análise do Ato de Concentração n. 08700.004105/2017-17, referente à alienação da participação da Odebrecht Transports na Rio de Janeiro



Grega / Betunel / Centro Oeste, a SG/Cade entendeu que a operação entre Azul e Hainan não gerava problemas concorrenciais e, por isso, não conheceu a operação e afastou a faculdade de aplicação do art. 88, §7º.

O último caso em que foi identificada a aplicação do art. 88, §7º em sede de operação notificada pelas partes, foi o AC Fleury / Sabin / Wang & Andrade. A notificação da operação pelas partes não foi feita com pedido de não conhecimento ou no espírito de cautela. Apesar disso, a SG/Cade entendeu que a operação não seria de notificação obrigatória, em decorrência do não preenchimento do critério de faturamento. Segundo a Superintendência¹³, a análise dos faturamentos deveria ser feita com base em pólos das partes da operação, ou seja, considerando o grupo de compradores de um lado e o grupo de vendedores de outro. Nesse sentido, apesar de Fleury e Sabin terem atingido o critério de faturamento (R\$750 milhões), o grupo do vendedor Wang & Andrade não atingiu o critério de faturamento (R\$75 milhões) e, por isso, a SG/Cade entendeu que a operação não seria de notificação obrigatória. Ainda assim, a Superintendência decidiu pelo conhecimento da operação com base no art. 88, §7º, em decorrência da necessidade de análise mais detalhada da operação por gerar potenciais efeitos anticompetitivos.

A segunda tendência de adoção do art. 88, §7º pelo Cade teve sua delimitação estabelecida por um caso em que o dispositivo não foi aplicado, o APAC Procuradoria / IBEDEC / Carrefour / BRF. Após analisar as denúncias da Procuradoria e do IBEDEC em relação a aquisições de participação minoritária por parte do Grupo O3 FIM Total Return nos capitais sociais do Atacadão S.A. e do Carrefour S.A., a SG/Cade entendeu que tais operações não eram de notificação obrigatória, pois um dos grupos econômicos envolvidos na operação não atingiu o critério legal de faturamento. Além disso, entendeu que a operação de aquisição de participação minoritária de 3% do Sr. Abílio Diniz na BRF também não seria de notificação obrigatória, pois não atingiria os critérios estabelecidos na Resolução Cade nº 2/2012 que trata sobre aquisição de participação societária. Interessante notar que não houve o preenchimento de dois critérios de notificação, tanto o critério de faturamento (art. 88), quanto o critério de tipo de operação (art. 90, complementado pela Resolução Cade nº 2/2012) (BRASIL, 2012).

Quanto à necessidade de requerer a notificação de operações com base no art. 88, §7º, a SG/Cade fez questão de declarar que se trata de “um expediente absolutamente excepcional [...] que deve ser utilizado com parcimônia, apenas naqueles casos que efetivamente denotem uma possibilidade razoável de perigo concorrencial, derivada especificamente da transação a ser analisada”.

A concepção de excepcionalidade de análise de operações que não são de notificação obrigatória com base no art. 88, §7º foi tomada à risca pelo Cade e o dispositivo foi aplicado em apenas três casos. O primeiro deles foi o APAC Guerbert / Mallinkrodt. Após receber denúncia de terceiros (GE Healthcare do Brasil Comércio e Serviços para Equipamentos Médico-Hospitalares Ltda. e de uma pessoa física), a SG/Cade concluiu que as partes não atingiram os critérios legais de faturamento. Porém, por entender que as participações de mercado das partes poderiam chegar a 2/3 do mercado e que a operação poderia gerar efeitos anticompetitivos a agentes privados e público (Sistema Único

Aeropostos S/A, sócia majoritária da concessionária responsável pela administração e operação do Aeroporto do Galeão. Nesse caso, o Cade estava preocupado em eventual integração vertical entre as atividades de transporte aéreo desenvolvidas pela Azul e as atividades de infraestrutura aeroportuária que passariam a ser desenvolvidas pela HNA no Galeão. Sobre o tema, vide Renzetti (2019).

13 Reforçando entendimento que já havia sido proferido nos Atos de Concentração nº 08700.000258/2013-53, 08700.000478/2016-20, 08700.005587/2016-33 e que foi repetido no Ato de Concentração nº 08700.004992/2022-82.

de Saúde - SUS), foi ordenada a notificação da operação fundamentada nos termos do art. 88, §7º.

Alguns anos depois, o Cade ordenou a notificação de outra operação com base no mesmo dispositivo legal. Foi a operação entre as empresas SM e All Chemistry, após análise de denúncia feita pelo Sr. Cesar Mesquita de Oliveira no Clique Denúncia sobre a ocorrência da operação. A SG/Cade reconheceu que as partes não atingiram os critérios de faturamento previstos na lei. Porém, tanto a SG/Cade quanto o Tribunal entenderam que a operação estava situada em um contexto de sucessivas aquisições realizadas pela SM que levaram o grupo a obter uma expressiva participação de mercado, podendo gerar impactos negativos à concorrência. Por isso foi ordenada a notificação da operação, com base no art. 88, §7º.

O terceiro caso em que foi verificada a determinação de notificação de operação pelo Cade com base no dispositivo foi no APAC Sacel / Prosegur. O APAC foi iniciado para analisar informação fornecida por terceiro (TecBan), em sede de notificação de outra operação notificada ao Cade (AC 08700.003244/2019-87), sobre operações realizadas pelas partes nos últimos 15 anos. A SG/Cade verificou que a operação entre Sacel e Prosegur não havia sido notificada e abriu *ex officio* o APAC para investigá-la. A SG/Cade reconheceu que um dos grupos não teria atingido o critério de faturamento previsto na lei. Porém, tanto a SG/Cade quanto o Tribunal reconheceram que a operação se enquadrava em um contexto de concentração do mercado de transporte e custódia de valores, além de entender ser importante averiguar queixas de clientes quanto à ausência de rivalidade no setor. A SG/Cade também entendeu que a operação resultaria em um relevante incremento na participação de mercado das partes e, portanto, ordenou a notificação da operação nos termos do art. 88, §7º.

A excepcionalidade da aplicação do dispositivo foi reforçada pelo Tribunal do Cade, conforme trechos do voto-relator:

[...] a aplicação de tal dispositivo consiste em uma discricionariedade da autoridade que, a partir de uma análise de conveniência e oportunidade, verificará se existem fundamentos para requerer a submissão de operações de notificação não obrigatória ao CADE. Ressalto, quanto a este ponto, que o CADE tem feito uso de tal competência de maneira excepcional e cautelosa, uma vez que, em um universo de aproximadamente 3.034 operações analisadas desde a entrada em vigor da Lei nº 12.529/11, o presente APAC seria apenas o quarto processo em que a prerrogativa do art. 88, §7º estaria sendo utilizada. Trata-se, assim, de um número irrisório para o controle de concentrações, que sinaliza um caráter de excepcionalidade na utilização do art. 88, §7º e, conseqüentemente, evidencia que o controle de concentrações no Brasil está sendo devidamente empregado pelo CADE (BRASIL, 2020).

O quarto caso em que houve a notificação de operação por pedido do Cade teve início em julho de 2023, quando a SG/Cade enviou ofício¹⁴ à Herbarium, utilizando-se da prerrogativa estabelecida no art. 88, § 7º. Tal iniciativa decorreu do conhecimento da SG/Cade de nota divulgada no site da própria empresa, alegando que estaria firmando uma *joint-venture* com a Schwabe para o lançamento de uma nova farmacêutica no Brasil. Esse caso se destaca por ser decorrente do envio direto de ofício do Cade à uma das partes, sem ter recebido uma denúncia ou realizado uma investigação prévia em sede de APAC.

14 Ofício nº 6430/2023 (SEI 1255988), nos autos do Processo de acompanhamento de mercado nº 08700.004863/2023-75.



As partes, então, notificaram a operação ao Cade em setembro de 2023, unicamente em decorrência do ofício previamente mencionado. Segundo elas, os grupos econômicos envolvidos não teriam atingido, cumulativamente, os valores mínimos de faturamento previstos em lei, sendo ambos acima de R\$ 75 milhões, mas nenhum deles acima de R\$ 750 milhões.

A operação foi analisada pelo rito sumário e aprovada sem restrições, em decorrência da baixa participação de mercado com sobreposição horizontal.

Mais recentemente, na análise do APAC 123/MaxMilhas, a SG/ Cade voltou a se debruçar de maneira mais detalhada sobre a prerrogativa do art. 88, §7º. Na ocasião, o caso versava sobre a aquisição, pelo grupo econômico da 123 Milhas, de 100% das ações que compunham o capital social da MaxMilhas. Entretanto, dado que os grupos econômicos não preenchiam os critérios de faturamento previstos no art. 88, o ato de concentração não foi notificado ao Cade. Em agosto de 2023, a SG/Cade instaurou APAC¹⁵ para investigar a operação.

Após o envio de ofícios às partes envolvidas na operação, a SG/Cade emitiu a Nota Técnica nº 25/2023/SG-TRIAGEM AC/SGA1/SG/CADE, com sua análise sobre o caso. Na análise de mercado relevante, a SG/Cade esclareceu que os grupos econômicos possuíam atuação conjunta no segmento de intermediação de viagens *onlines* (conhecido como mercados OTAs – *online travel agency*). Nesse mercado, de acordo com as Representadas, haveria baixa concentração no mercado de OTAs resultante da operação.

Todavia, a SG/Cade buscou definir mercados mais restritos, como o mercado de venda de passagens e diárias e o mercado de intermediação de venda de milhas. Nesse cenário, 123 Milhas, HotMilhas e MaxMilhas seriam os principais agentes econômicos do setor. Elencando preocupações com o poder de mercado¹⁶ das partes no mercado de intermediação de venda de milhas, a SG/Cade opinou pela necessidade de apresentação da operação, com base no art. 88, §7º.

O APAC subiu ao Tribunal e foi analisado durante a 222ª Sessão Ordinária de Julgamento, ocorrida em 25 de outubro de 2023. Na ocasião, o Conselheiro Gustavo Augusto, relator do caso, corroborou a conclusão da SG/Cade. De acordo com o relator, para se utilizar do art 88, §7º, deve haver uma “plausibilidade de risco concorrencial”, o que estaria presente na operação envolvendo 123 Milhas e MaxMilhas. O voto do relator foi acompanhado pelo restante do Tribunal do Cade, determinando a notificação da operação em até 30 dias, a contar da data da publicação no Diário Oficial da União da ata da sessão¹⁷.

Por fim, durante a pesquisa de jurisprudência, percebeu-se uma terceira tendência na utilização do art. 88, §7º pelo Cade, como uma forma de salvaguardar a sua atuação como defensor da concorrência em casos de aprovação ou de não conhecimento de operações.

15 Despacho SG nº 1103/2023.

16 “Como visto nas matérias exemplificativas expostas acima, assim como nos dados acima referenciados, depreende-se que as duas empresas podem ser fortes atuantes em um possível mercado relevante de aquisição de milhas, sendo indicativas de que as empresas podem ser detentoras de poder de mercado, de forma que esta SG entende oportuno e conveniente apurar a presença das Representadas nesse possível mercado, demandando a submissão da operação, portanto, para que seja realizada uma análise concorrencial mais aprofundada do mesmo de forma a se poder entender melhor seu funcionamento e a garantir a atuação deste Conselho caso se vislumbrem possíveis danos à concorrência neste segmento” (BRASIL, 2023a).

17 No momento da redação deste artigo, a versão pública do voto do Conselheiro-Relator ainda não estava disponível nos autos, de forma que a exposição oral do Conselheiro-Relator durante a 222ª Sessão de Julgamento do Cade embasou os comentários sobre sua análise do caso envolvendo 123 Milhas e MaxMilhas.

Foram verificados três casos em que o dispositivo foi mencionado como forma de fundamentar a aprovação de operações. No AC Smaff / Grupo Enzo a SG/ Cade fez questão de incluir em sua decisão a recomendação de notificação de futuras operações envolvendo o Grupo Enzo, mesmo se não atingissem os critérios legais de faturamento. A SG/ Cade esclareceu que o Grupo Enzo havia atingido significativas participações em certos mercados, em decorrência de sucessivas aquisições de ativos que ocorreram entre os anos de 2012 e 2016. Durante investigação anterior o Cade reconheceu que o Grupo Enzo atingiu o critério legal de faturamento apenas após 2014 e, inclusive, algumas operações foram Cade após requisição do Cade em análise de prática de *gun jumping* (BRASIL, 2018). A SG/Cade, então, valeu-se dos termos do art. 88, §7º para reforçar seu mandato de defensor da concorrência, passando a mensagem de que as partes deveriam notificar as futuras operações, caso contrário, o Cade poderia utilizar da sua faculdade de pedir para vê-las, mesmo se os critérios de notificação não fossem atingidos.

O segundo caso em que o dispositivo em questão foi mencionado para aprovar uma operação foi o AC BRF / Upfield. Em relação à futura execução dos termos contratuais da operação da forma como foi notificada, um dos Conselheiros do Cade argumentou que “a autoridade deve presumir que as disposições contratuais serão executadas conforme estipulado no instrumento contratual” (BRASIL, 2021). Porém, caso na prática fosse verificada uma dinâmica distinta daquela apresentada ao Cade, a autoridade poderia apurar eventual infração à ordem econômica (art. 36), ou ainda requerer a submissão de ato Cade concentração, utilizando o art. 88, §7º para fundamentar essa segunda salvaguarda do Cade.

O terceiro – e mais recente - caso foi o AC Terminais, envolvendo a Cattalini Terminais Marítimos S/A e União Vopak Armazéns Gerais Ltda. O caso dizia respeito à aquisição pela Cattalini de um conjunto de imóveis da União Vopak, composto por um terminal de armazenamento de grânéis líquidos, um estacionamento e dezoito lotes, todos no porto de Paranaguá, no estado do Paraná.

Relevante para o presente artigo foi a discussão trazida pelo Conselheiro-Relator Victor Fernandes sobre uma suposta estratégia de aquisição sucessiva de terrenos residenciais e familiares pela Cattalini no porto de Paranaguá, passando abaixo dos critérios de notificação obrigatória de um ato de concentração pelo Cade, prejudicando a análise da autoridade sobre a verdadeira dinâmica competitiva do mercado. Em seu voto, Fernandes reitera a disposição do art. 88, §7º, como uma possibilidade de reforçar o controle de estruturas pelo Cade:

319. Ocorre que, para a discricionariedade prevista no art 88, §7º, da Lei nº 12.529/2011 possa ser plenamente exercida pelo Cade, é fundamental que os agentes econômicos sejam submetidos a algum tipo de obrigação de comunicação de aquisições à autoridade antitruste. Caso contrário, os elevados custos de monitoramento e a dependência de atuação ex officio da autoridade poderia comprometer a eficácia do dispositivo (BRASIL, 2023b).

A decisão do AC Terminais é particularmente interessante pois, levando em consideração as preocupações levantadas por Fernandes no que se referia às diversas aquisições realizadas pela Cattalini, a empresa assumiu o compromisso de comunicar¹⁸ ao Cade a compra de imóveis, na Zona Portuária de Paranaguá, pelos três anos seguintes à operação. Tem-se, assim,

18 Importante notar que a mera comunicação ao Cade não significa que o ato de concentração deverá ser formalmente notificado.



uma forma consensual de utilização do §7º para o maior *enforcement* do controle de estruturas, promovendo um acompanhamento de mercado mais próximo pelo Cade.

Já nos casos em que a SG/Cade decidiu pelo não conhecimento (AC Delta / Air France, AC TAM / Qatar¹⁹, AC Mitsui / Nippon), o art. 88, §7º foi utilizado para reforçar que a autoridade estaria atenta aos mercados. Em outras palavras, apesar de aquele tipo de contrato não estar enquadrado nos requisitos legais de notificação obrigatória, o Cade reforçou que, ainda assim, poderia exercer seu mandato de defesa da concorrência, caso vislumbrasse alguma potencialidade anticompetitiva de contrato parecido. É interessante notar que, assim como verificado no APAC Procuradoria / IBEDEC / Carrefour / BRF, esses casos não preencheram o requisito legal de notificação referente ao tipo de operação e não ao faturamento das partes, critério verificado nos demais casos apresentados neste item.

4. UTILIZANDO O ART. 88, §7º PARA ENFRENTAR OS DESAFIOS DO MERCADO DIGITAL

O art. 88, §7º, da Lei de Defesa da Concorrência não chamou muito a atenção da doutrina e prática concorrencial nos primeiros anos de vigência da lei. Como demonstrando na seção prévia, o número de casos em que o Cade atuou com base no mencionado dispositivo é bastante exíguo. Talvez mais importante sejam as menções quanto ao caráter excepcional do dispositivo, reforçando a noção de aplicação atípica da previsão legal. São curtas e tímidas as menções a tal faculdade do Cade prevista no art. 88, §7º na doutrina (PROENÇA; MISALE, 2021).

Recentemente, houve um renascimento do interesse quanto ao potencial de utilização da prerrogativa contida no art. 88, §7º. Movimentos acadêmicos, capitaneados pelos Estados Unidos, passaram a questionar o protagonismo de plataformas digitais na economia mundial, indagando acerca de qual seria a função do direito da concorrência para coibir condutas anticompetitivas e o crescimento das companhias por meio de intensas aquisições de concorrentes (CUNNINGHAM; EDERER; MA, 2021; HEMPHILL; WU, 2020). Tais aquisições, em diversas ocasiões, não passavam pelo crivo das autoridades de defesa da concorrência, em decorrência do baixo faturamento das empresas-alvo da operação²⁰.

A aquisição do Instagram pelo Facebook em 2012 talvez seja o melhor exemplo de operação nesta categoria, em que autoridades de defesa da concorrência declinaram em prosseguir com uma investigação mais detalhada do ato de concentração²¹. Todavia, após a concretização da operação, novas informações vieram à tona acerca da intenção do Facebook em “controlar” um concorrente por meio de sua compra (FTC ALLEGES..., 2021).

19 Ressalta-se que o AC Latam / Qatar tinha como objeto contrato de *codesharing*, que era de notificação obrigatória durante a vigência da Lei nº 8.884/1994 e nos termos da Resolução Cade nº 10/2014, inclusive sendo uma das razões para aplicação de multa por *gun jumping* (BRASIL, 2016).

20 “A ausência de notificação de operações relevantes devido ao critério do faturamento não é exclusividade de atos de concentração envolvendo plataformas digitais. Todavia, os impactos concorrenciais de operações em mercados digitais são maiores, dada a sua rápida inovação e expansão.” (RENZETTI, 2023, p. 168).

21 Roberto Pfeiffer utiliza o exemplo da operação entre Facebook e WhatsApp para ilustrar um ato de concentração que deveria ter sido avaliado pelo Cade, mas não o foi devido aos critérios de faturamento. De acordo com o autor, há maior prevalência de pontos-cegos na análise de atos de concentração em mercados digitais devido à característica de intenso dinamismo e crescimento das companhias no cenário digital (PFEIFFER, 2019, p. 66-67).

A discussão passou, então, a orbitar em torno de como as autoridades da concorrência poderiam melhor “capturar” as operações que *teoricamente* não apresentavam maiores preocupações concorrenciais. Estudos e relatórios foram produzidos por autoridades da concorrência e grupos de acadêmicos para mapear e propor soluções para os desafios postos pela economia digital. Entre eles, o maior controle de atos de concentração.

São diversos os desafios impostos no controle de estruturas. Considerando que os principais critérios de notificação obrigatória de atos de concentração - no Brasil e no mundo - estão intrinsecamente relacionados ao faturamento, companhias da economia digital que oferecem seus produtos a preço zero representam um novo paradigma a ser enfrentado pelas autoridades da concorrência²².

Além disso, companhias com grande número de usuários e intensa coleta de dados, mas com faturamento abaixo dos critérios de notificação também impõem a necessidade de pensar em novas maneiras de avaliar as operações (BUENO; PAIXÃO, 2020, p. 274).

Nesse cenário, a utilização atual do art. 88, §7º pode ser vista como uma possível saída para os obstáculos acima elencados, sem a necessidade de alterações legislativas. Ao lançar mão de sua prerrogativa lá elencada, o Cade poderia promover uma análise *ex post* dos atos de concentração que acabam se desdobrando com efeitos anticompetitivos. Todavia, como demonstrado acima, o Cade tem utilizado esta prerrogativa de forma bastante acanhada. A previsão legal é sim um mecanismo capaz de atender a parte desses objetivos, mas não produz a eficácia necessária, justamente por ser apenas uma faculdade relegada à discricionariedade da autoridade. Dessa forma, entendemos que mecanismos adicionais são necessários para abordar os desafios postos pelos atos de concentração envolvendo plataformas digitais, principalmente aquelas realizadas por líderes de mercado que adquirem potenciais concorrentes²³, inclusive incrementando a aplicação do referido dispositivo legal.

Primeiro, seria saudável que o Cade editasse um novo guia para análise de atos de concentração envolvendo plataformas digitais. Tal guia traria novos parâmetros para análise de atos de concentração no ambiente digital, levando em consideração as peculiaridades do setor. É importante que a autoridade da concorrência passe a ter uma visão mais ampla do espaço e das dinâmicas de concorrência e inovação. A mera avaliação com base em eficiências apresentadas na estrutura de mercado da época pode não ser mais suficiente para efetivamente identificar os riscos concorrenciais. Além de aprimorar a análise das operações que são de notificação obrigatória, a profundidade e clareza sobre a análise das operações em mercados digitais estabelecidas em um novo guia facilitam a utilização do art. 88, §7º, pois a autoridade passa a estar mais capacitada e possui justificativas mais robustas para requerer a notificação de uma operação que não atinge os

22 “A centralidade quase absoluta da teoria de preços, no entanto, suscita dificuldades consideráveis para a aplicação de conceitos-chave da literatura antitruste às plataformas digitais. Os modelos de negócios usualmente operam a preço zero, pois o usuário final que acessa plataformas como ferramentas de buscas *online*, redes sociais e muitas outras, não remunera o intermediário com pagamentos diretos em dinheiro. Ao analisar condutas de plataformas digitais, torna-se extremamente difícil enquadrar a relação usuário-plataforma nos cânones das relações de mercado tradicionalmente tuteladas pela legislação antitruste. Essa problemática escancara que a tradição do direito antitruste, at[e aqui, não se baseou em uma definição jurídica abstrata de mercado e tem se tornado extremamente dependente da referida metodologia de preços” (FERNANDES, 2022, p. 172).

23 Além de aquisições de concorrentes horizontais, que atuam em um mesmo mercado relevante, o protagonismo de plataformas digitais também traz desafios quanto a integrações verticais e atos de concentração com efeitos conglomerados, indo além da mera relação horizontal entre agentes econômicos. Literatura mais recente tem prestado bastante atenção no fenômeno da criação de ecossistemas digitais, a partir de relações complementares entre plataformas que não necessariamente seriam concorrentes (JACOBIDES; LIANOS, 2021, p. 1199-1229).



critérios de notificação obrigatória.

Segundo, a fim de combater o déficit de aplicação da prerrogativa do art. 88, §7º, o Cade poderia requerer que todas as operações levadas a cabo por certos agentes econômicos fossem informadas à autoridade antitruste, ainda que não alcançassem os critérios de faturamento do art. 88. Caso o Cade entenda que uma avaliação mais detalhada seja necessária, poderia requerer a notificação da operação nos termos do art. 88, §7º. Esta solução não necessitaria de mudança legislativa.

Por exemplo, tal solução poderia ser concretizada como um remédio imposto em um ato de concentração específico, exigindo que todo e qualquer ato de concentração apresentado pela parte comprado se tornasse de notificação obrigatória ao Cade, mesmo que não atingisse os critérios de faturamento. Tal solução já foi aplicada, de certa forma, pelo Cade durante a análise do AC Terminais, já mencionado neste texto.

Terceiro, seria interessante que o Cade ajustasse a análise *ex post* de atos de concentração, a fim de minimizar efeitos anticompetitivos que podem surgir de atos de concentração que não sejam de notificação obrigatória. Uma possível solução seria ampliar a atuação atual do Departamento de Estudos Econômicos (DEE/Cade) de monitoramento e estudos de mercados. A coleta de informações poderia ocorrer por meio do envio de ofícios aos agentes econômicos, questionando sobre o funcionamento do mercado e, principalmente, sobre as operações realizadas por agentes relevantes nos últimos anos e meses. Ao realizar rotineiramente procedimentos de estudos em mercados da economia digital, particularmente naqueles que já se apresentam com um nível elevado de concentração, o Cade ganharia conhecimento sobre a estrutura dos mercados e as dinâmicas dos agentes, bem como estaria atento à realização de operações que podem ser notificadas com base no art. 88 §7º.

Importante ressaltar aqui que não argumentamos que tais operações devam necessariamente ser bloqueadas pela autoridade da concorrência. A intenção é demonstrar a necessidade de atualização e adaptação do controle de estruturas por parte do Cade, especialmente quando levamos em consideração o parco uso da prerrogativa do art. 88, §7º. O Cade possui instrumentos disponíveis para conduzir um controle de estruturas mais detalhado e eficaz, principalmente com relação aos casos que não são de notificação obrigatória, mas envolvem agentes econômicos detentores de poder de econômico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme apresentado pela pesquisa empírica, o artigo 88, §7º tem sido pouco utilizado pelo Cade para analisar operações *ex post*. Ainda que se concorde que é uma ferramenta que deve ser utilizada de forma excepcional, demonstramos que há espaço para aprimoramento na sua aplicação, principalmente como uma ferramenta de auxiliar a atuação do Cade em mercados digitais.

Autoridades de diversas jurisdições têm enfrentado pontos de inflexão sobre como deve ser o controle de estruturas frente aos desafios impostos por plataformas digitais. O Cade não deve se manter alheio a tais discussões, mas também não deve simplesmente transplantar práticas estrangeiras. A reflexão deve também olhar para a dinâmica interna dos mercados brasileiros e os dispositivos que estão à disposição da autoridade de defesa da concorrência.

Caso se deseje evitar soluções *de lege ferenda*, que naturalmente demandariam discussões

legislativas mais longas, apresentamos propostas que poderiam ser implementadas imediatamente pelo Cade para lidar com esses novos desafios e aprimorar a utilização do art. 88, §7º. A imposição da obrigação de um agente econômico dominante de notificar todas suas aquisições e a realização de estudos de mercado são inovações que poderiam ser implementadas pelo Cade sem a necessidade de alterações legislativas.

Após dez anos de vigência da Lei nº 12.529/2011, é fundamental perscrutar sobre sua aplicação, êxitos e deficiências. Aqui, temos que o art. 88, §7º, foi redigido pelo legislador originário como uma forma de evitar que atos de concentração relevantes, mas abaixo dos critérios de faturamento, também pudessem ser analisados pelo Cade. Todavia, tal dispositivo parece ter sido esquecido pela prática antitruste. Nos próximos dez anos de aplicação da lei, espera-se que os responsáveis compreendam o potencial do instrumento que possuem em mãos, conforme sugestões iniciais deste trabalho.

REFERÊNCIAS

BAGNOLI, Vicente *et al.* O critério objetivo do fatuamento para submissão de Atos de Concentração ao CADE e a sua desatualização monetária. **SSRN**, [S. l.], 2023. Série de Trabalhos de Pesquisa Pensando Direito a Economia: 1/2023. Disponível em: <https://bit.ly/481zqNk>. Acesso em: 30 nov. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3937/2004**. Altera a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, que "transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências". Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3NgYic4>. Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 5877/2005**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/3NgHrWU>. Acesso em: 18 nov. 2023

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Apuração de Ato de Concentração nº 08700.004240/2023-01**. Interessados: MM Turismo & Viagens S/A e 123 Viagens e Turismo Ltda., Nota Técnica nº 25/2023/SG-TRIAGEM AC/SGA1/SG/CADE, 06 de setembro de 2023a. Disponível em: <https://bit.ly/3RgctR4>. Acesso em: 27 nov. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração Ordinário nº 08700.003855/2020-69**. Interessados: BRF S.A. e UPFIELD Brasil Holding Ltda. Voto-vista do Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann, 15 de abril de 2021. Disponível em: <http://bit.ly/3uAClHP>. Acesso em: 27 nov. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.001172/2016-91**. Interessados: Tam Linhas Aéreas S.A. e Azul S.A. Relatora: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, 30 de maio de 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3T0yyEG>. Acesso em 27 nov. 2023

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração Ordinário nº 08700.001197/2022-32**. Interessados: Cattalini Terminais Marítimos S/A e União Vopak Armazéns Gerais Ltda., Relator: Conselheiro Víctor Oliveira Fernandes, 27 de março de 2023b. Disponível em: <https://bit.ly/3SVELsb>. Acesso em: 27 nov. 2023.



BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração nº 08700.010071/2015-20**. Interessados: Smaff Automóveis Ltda., Smaff Japan Automóveis Ltda., Karlos Cesar Fernandes, Kenya Camila Fernandes Beltrão e Nilson Barbosa Machado. Relatora: Conselheira Paula Farani de Azevedo, 03 de outubro de 2018. Disponível em: <https://shorturl.at/zOP17>. Acesso em: 27 nov. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo administrativo nº 08700.005079/2019-06**. Interessados: Sacel-Serviços de Vigilância e Transporte de Valores Eireli e Prosegur Brasil Transportadora de Valores e Segurança S.A. Relatora: Conselheira Paula Farani de Azevedo, 11 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://shorturl.at/stV28>. Acesso em: 27 nov. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução nº 2, de 29 de maio de 2012**. Disciplina a notificação dos atos de que trata o artigo 88 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, prevê procedimento sumário de análise de atos de concentração e dá outras providências. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3RfSus>. Acesso em: 13 nov. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.529**, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/30m27Fi>. Acesso em: 29 ag. 2022.

BUENO, Carolina Destailleur G.B.; PAIXÃO, Raíssa Leite de Freitas. Fusões na Era Digital. In.: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. **Defesa da Concorrência em Plataformas Digitais**. São Paulo: FGV Direito SP, 2020. p. 270-311.

CARVALHO, Vinícius Marques de; RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert (org.). **Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2013.

CORDOVIL, Leonor *et al.* **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CUNNINGHAM, Colleen; EDERER, Florian; MA, Song. Killer Acquisitions. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 129, n. 3, 2021.

FERNANDES, Víctor Oliveira. **Direito da Concorrência das Plataformas Digitais: entre abuso de poder econômico e inovação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FTC ALLEGES Facebook Resorted to Illegal Buy-or-Bury Scheme to Crush Competition After String of Failed Attempts to Innovate. **Federal Trade Commission**, Washington, 9 ago. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3Qok6TN>. Acesso em: 27 nov. 2023.

GOMES, Ciro. **Parecer do Relator**: Projeto de Lei nº 3.937, de 2004. Brasília: Comissão Especial de Defesa da Concorrência, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/486Lkpb>. Acesso em: 19 nov. 2023.

HEMPHILL, C. Scott; WU, Tim. Nascent Competitors. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 168, p. 1879-1910, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/4abg9uF>. Acesso em: 20 nov. 2023.

JACOBIDES, Michael G.; LIANOS, Ioannis. Ecosystem and Competition Law in Theory and in Practice. *Industrial and Corporate Change*, [S. l.], v. 30, n. 5, p. 1199-1229, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/4abg9uF>.

ly/41sEj05. Acesso em: 20 nov. 2023.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Digital Economy, Big Data and Competition Law. **Market and Competition Law Review**, v. 3, n. 1, p. 53-89, abr. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/41ezNBT>. Acesso em: 19 nov. 2023.

PROENÇA, José Marcelo Martins; MISALE, Guilherme Teno Castilho. O (tímido) olhar acadêmico para o parágrafo 7º do artigo 88 da LDC. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 mar. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/4a7bt9l>. Acesso em: 27 nov. 2023.

PODSZUN, Rupprecht. Thresholds of Merger Notification: The Challenge of Digital Markets, the Turnover Lottery, and the Question of Re-interpreting Rules. **SSRN**, [S. l.], 2023. Disponível em: <https://bit.ly/4acdUaq>. Acesso em: 29 nov. 2023.

RENZETTI, Bruno Polonio. **Infraestrutura e Concorrência**: Concessão de Aeroportos no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

RENZETTI, Bruno Polonio. **Atos de Concentração Conglomerados e Ecossistemas Digitais**: nova teoria para o controle de estruturas no Brasil. 2023. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023. Disponível em: <https://bit.ly/4a42WEd>. Acesso em: 19 nov. 2023.

