

Vol. 6

Nº 1

2018- Maio

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



2318 2253

***European Commission v. Google Inc.*: lições sobre a responsabilidade especial do agente econômico dominante**

Ciro Silva Martins⁴²⁷

RESUMO

Este estudo parte do caso *European Commission v. Google Inc.* para analisar o conceito de responsabilidade especial dos agentes econômicos dominantes segundo a jurisprudência comunitária europeia. Após identificar a aplicação do conceito ao referido caso, traçou, com o auxílio de outros precedentes, suas principais características, concluindo que, apesar da ideia de responsabilidade especial ter importância na exegese do art. 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, o conceito toma maior dimensão quando considerado dentro de uma perspectiva institucional de política concorrencial. A partir deste levantamento, avaliaram-se os riscos e as consequências da responsabilidade especial do agente econômico dominante concebida nestes termos.

Palavras-chave: Responsabilidade especial. Abuso de posição dominante. Google. Comissão Europeia. Direito Concorrencial.

ABSTRACT

This study commences with the case *European Commission v. Google Inc.* to analyze the concept of special responsibility of the dominant economic agent according to European Community jurisprudence. After identifying the application of the concept to this case, it draws, with the help of other precedents, its main characteristics, concluding that, despite the idea of special responsibility importance in the exegesis of art. 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union, the concept becomes more relevant when considered from an institutional perspective of competition policy. From this finding, we assess the risks and consequences of the special responsibility of the dominant economic agent, as conceived in these terms.

Keywords: Special responsibility. Abuse of dominant position. Google. European Commission. Competition Law.

⁴²⁷ Graduando em direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

SUMÁRIO. 1. Introdução; 2. A sistemática do artigo 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e como o Google teria praticado abuso de posição dominante; 3. A construção jurisprudencial da reponsabilidade especial do agente econômico dominante; 3.1 Raízes teóricas da reponsabilidade especial: ordoliberalismo 4. Análise crítica da reponsabilidade especial dos agentes econômicos dominantes; 4.1. Ataques relacionados à aplicação da reponsabilidade especial como princípio; 4.2. Riscos relacionados ao dever de autoavaliação dos agentes econômicos dominantes; 5. Considerações finais; 6. Bibliografia.

1. Introdução

Em 30 de novembro de 2010, após diversas reclamações recebidas, a Comissão Europeia decidiu instaurar procedimento investigativo para apurar alegações de que o *Google Inc.* (“Google”) teria abusado de sua posição dominante no mercado de buscas online, violando o art. 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”). Sinteticamente, o Google teria praticado condutas exclusionárias unilaterais: aproveitando-se de sua posição dominante, estaria lançando mão de seu mecanismo de buscas em geral (*Google Search*) para alavancar sua posição no mercado de comparação de produtos online, através da plataforma *Google Shopping*.

Conforme destaca a própria Comissão Europeia⁴²⁸, ao invés de competir no mérito no mercado de serviços de comparação de produtos online:

- (i) o *Google* estaria sistematicamente colocando seu próprio mecanismo de comparação de produtos numa posição proeminente, isto é, quando os consumidores utilizam o mecanismo de busca do *Google*, o serviço de comparação de produtos do *Google* aparece no topo e com destaque; e
- (ii) o *Google* estaria depreciando os demais concorrentes do mercado de comparação, através de resultados enviesados no mecanismo de busca. O algoritmo do *Google*

⁴²⁸ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Press Release - Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service. Bruxelas, 27/06/2017. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm. Acesso em: 28/01/2018.

Search estaria rebaixando os concorrentes do *Google Shopping* que, por sua vez, não era submetido a este mesmo crivo.

Assim, o *Google Shopping* ficaria em posição bem mais visível para os consumidores, existindo evidências de que os consumidores clicam muito mais vezes nos resultados que aparecem no topo das buscas⁴²⁹. Nesse sentido, o *Google* teria garantido uma vantagem significativa em relação aos seus concorrentes, a qual não teria decorrido simplesmente do mérito do seu serviço de comparação.

Assim, a decisão proferida em 27 de junho de 2017 concluiu que, de fato, houve violação ao art. 102 do TFUE, e o *Google* foi condenado ao pagamento de multa de € 2.424.495.000,00 (dois bilhões, quatrocentos e vinte e quatro milhões e quatrocentos e noventa e cinco mil euros). Além disso, o *Google* foi obrigado a cessar qualquer prática que tenha por objeto ou efeito o mesmo resultado exclusionário, bem como cumprir com o princípio do tratamento igualitário no mercado de comparação de produtos.

Como é sabido, deter posição dominante não constitui ilícito algum, pelo contrário, a busca por maiores parcelas do mercado é natural num mercado competitivo, devendo ser valorizada⁴³⁰. Contudo, quando o agente econômico passa a deter tal posição num mercado, ele torna-se capaz de comportar-se de maneira indiferente em relação aos seus concorrentes e consumidores⁴³¹, o que abre a possibilidade de minimização da competição no mérito. Conforme PEREIRA NETO (2016, p. 138):

“o direito econômico concebeu a figura do ‘abuso de posição dominante’ para disciplinar situações em que um agente econômico utiliza o seu poder

⁴²⁹ Conforme a Comissão Europeia: “The evidence shows that consumers click far more often on results that are more visible, i.e. the results appearing higher up in Google's search results. Even on a desktop, the ten highest-ranking generic search results on page 1 together generally receive approximately 95% of all clicks on generic search results (with the top result receiving about 35% of all the clicks). The first result on page 2 of Google's generic search results receives only about 1% of all clicks. This cannot just be explained by the fact that the first result is more relevant, because evidence also shows that moving the first result to the third rank leads to a reduction in the number of clicks by about 50%.” (COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Press Release - Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service. Bruxelas, 27/06/2017. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm. Acesso em: 28/01/2018).

⁴³⁰ No Brasil, a Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011), dispõe nesse mesmo sentido, no § 1º do art. 36: “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo”.

⁴³¹ “The dominant position referred to in Article 102 of the Treaty relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of its consumers.”, Decisão da Comissão Europeia de 27.06.2017, Processo AT.39740 – Google Search (Shopping), parágrafo 264.

de mercado de forma a distorcer o processo competitivo, exorbitando os limites das liberdades econômicas garantidas constitucionalmente (i.e., liberdade de iniciativa e de concorrência).”

Por esse motivo, as autoridades antitrustes em geral costumam manter maior vigilância sobre o comportamento de agentes econômicos nestas condições. Não é diferente na União Europeia, aonde se ampliou a questão ao tratar da noção de “responsabilidade especial” do agente dominante. Como destaca FORGIONI (2016, p. 296):

“Por essas razões, na União Europeia, exige-se da empresa dominante que se comporte de maneira tal a não destruir as condições de mercado. Esse agente deve oferecer concorrência saudável, baseada na superioridade real de seus produtos ou serviços (*‘competition on the merits’*), e não alavancar-se em sua força econômica. Imputa-se-lhes ‘responsabilidade especial’, para que não distorçam o campo da batalha competitiva, em detrimento daqueles de menor dimensão. O agente dominante tem o direito de atuar livremente no mercado, desde que o prejuízo infligido a seus concorrentes decorra do ‘mérito dos bens ou serviços que fornecem’.”

Com efeito, do mesmo modo que o abuso de posição dominante não está limitado ao mercado que o agente econômico se encontra, devendo se estender aos demais mercados cujo agente possa exercer sua influência (mercados integrados verticalmente e horizontalmente), nada impede a responsabilidade especial também seja alargada. Como sublinha a Comissão Europeia, não é necessário que a dominância, o abuso e os efeitos do abuso estejam todos no mesmo mercado⁴³².

Esse conceito de responsabilidade especial tem frequentado assiduamente a Comissão Europeia, não por acaso sendo invocado no primeiro parágrafo que trata do abuso de posição dominante na decisão pela condenação do *Google*⁴³³. Isto sinaliza que a ideia de responsabilidade especial dos agentes dominantes tem assumido cada vez mais um papel central na repressão ao abuso de posição dominante e, assim, na política concorrencial europeia.

⁴³² “Therefore, the fact that a dominant undertaking’s abusive conduct has its adverse effects on a market distinct from the dominated one does not preclude the application of Article 102 of the Treaty or Article 54 of the EEA Agreement. It is not necessary that the dominance, the abuse and the effects of the abuse are all in the same market.”, Decisão da Comissão Europeia de 27.06.2017, Processo AT.39740 – Google Search (Shopping), parágrafo 334.

⁴³³ “Dominant undertakings have a special responsibility not to impair, by conduct falling outside the scope of competition on the merits, genuine undistorted competition in the internal market. A system of undistorted competition can be guaranteed only if equality of opportunity is secured as between the various economic operators. The scope of the special responsibility of the dominant undertaking has to be considered in light of the specific circumstances of the case.”, Decisão da Comissão Europeia de 27.06.2017, Processo AT.39740 – Google Search (Shopping), parágrafo 331.

Todavia, tal responsabilidade especial de não asfixiar a concorrência não é isenta de críticas. Em primeiro lugar, não é claro “até que ponto uma empresa é obrigada a fornecer ao rival condições de igualdade em relação às condições oferecidas a si próprio”⁴³⁴ ou qual seria o real conteúdo desta responsabilidade. Em segundo lugar, a legislação não impõe qualquer obrigação desse sentido aos competidores, assim, quando a autoridade antitruste sustenta uma responsabilidade especial, está sendo intervencionista e desconfiada do poder de autocorreção dos mercados. Ainda, existem correntes que defendem que a discriminação em favor dos produtos e serviços da firma dominante pode ser pró-competitiva⁴³⁵.

Dito isto, o presente artigo irá analisar a sistemática do art. 102 do TFUE e como ele foi aplicado ao caso *Google*, buscando caracterizar o que seria o abuso de posição dominante nos termos da jurisprudência comunitária europeia (item 2). Em seguida, iremos explorar a construção da construção da noção de responsabilidade especial da firma dominante, almejando identificar o seu real significado (item 3), para então avaliar suas consequências e riscos (item 4).

2. A sistemática do artigo 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e como o *Google* teria praticado abuso de posição dominante

Conforme dispõe o art. 102 do TFUE, é vedado às “empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste”. Para que determinada conduta caracterize abuso no sentido deste dispositivo legal é necessária a conjugação de alguns fatores: (i) a verificação de que o agente econômico possui poder de mercado (*market power*) em nível suficiente que o permita agir com certa indiferença em relação aos seus concorrentes; (ii) a prática de uma conduta que fuja ao escopo da competição no mérito, afetando as condições de mercado e os consumidores; e (iii) a prevalência de efeitos líquidos negativos, isto é, ainda que a conduta produza ganhos em termo de eficiência, estes não superam os prejuízos exclusionários causados⁴³⁶. Acontece que a identificação de

⁴³⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica nº 349-2013, parágrafo 74, p. 24.

⁴³⁵ FIDELIS, Andressa Lins. Entre o “*laissez-faire*” americano e o “intervencionismo” europeu: para qual direção aponta a atual investigação do CADE sobre o mecanismo de busca do Google. Revista de Defesa da Concorrência. Vol. 3, nº 2, p. 79.

⁴³⁶ A noção de efeitos líquidos negativos, no direito concorrencial, está associada à ideia de que a ilicitude de uma conduta, em geral, não se dá pelo objeto (regra *per se*), mas pelos efeitos (*effects-based approach*). Isto é, a

cada um desses elementos é bastante intrincada, o que demanda uma postura cautelosa por parte das autoridades antitrustes.

Nesse sentido, o primeiro passo numa investigação que envolva o art. 102 do TFUE é avaliar se o agente em questão é dominante ou não⁴³⁷. Para isso, é necessário, de antemão, delimitar o mercado relevante – aquele mercado em que se se travam as relações de concorrência do agente em questão –, sob pena de não ser possível determinar a incidência do referido dispositivo legal. Como aponta FORGIONI (2016, p. 222), “para delimitação do mercado relevante, devemos analisar dois aspectos complementares e indissociáveis: o mercado relevante geográfico e o mercado relevante material, ou mercado do produto”. Por mercado relevante geográfico se entende área (espaço físico) aonde se trava a concorrência e, por mercado relevante material, aquele em que o agente econômico enfrenta a concorrência, considerando o produto ou serviço que oferta. Ainda na lição de FORGIONI (2016, p. 237):

“a caracterização do mercado relevante é crucial para a autorização ou impedimento das operações entre agentes econômicos, pois que os efeitos decorrentes serão sopesados dentro dessa moldura. Restringindo-se o mercado relevante, as consequências da prática poderão ser sentidas de forma mais aguda. De outra parte, o aumento da dimensão do mercado é capaz de diluir o impacto anticoncorrencial e, algumas vezes, permitir sua autorização”.

Uma vez delimitado o mercado relevante, é preciso identificar o poder econômico do agente nesse mercado. Um indicativo importante deste poder é o *market share* detido pelo agente. A Comissão Europeia tem considerado que se uma companhia detém menos de 40% da parcela do mercado é improvável que ela seja dominante⁴³⁸. Mas esse fator é tomado em conjunto com as características do mercado, v.g.: existência de barreiras à entrada, o poder dos consumidores, o qual pode ser capaz de contrabalancear o cenário, e os recursos que a companhia possui, os quais permitem-na estender-se verticalmente na cadeia produtiva.

configuração da ilicitude depende de um sopesamento das consequências da conduta, de modo que, no caso concreto é possível, como matéria de defesa, alegar possíveis ganhos em termos de eficiência, para atenuar os efeitos deletérios. Sobre ilicitude pelos efeitos, cf. FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 9ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 134ss.

⁴³⁷ Cf. COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Antitrust procedures in abuse of dominance (Article 102 TFEU cases). Bruxelas, 16/08/2013. Disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures_102_en.html. Acesso em: 28/01/2018.

⁴³⁸ Idem. No Brasil, conforme o § 2º do art. 36, da Lei nº 12.529/11: “Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia”.

No caso *Google*, a Comissão concluiu que os mercados relevantes materiais são o mercado serviços de busca em geral e o mercado de serviços de comparação de produtos⁴³⁹. O primeiro mercado, segundo a Comissão, (i) constitui uma atividade economia, independentemente de o serviço ser oferecido gratuitamente; (ii) possui limitada substitubilidade do serviço tanto do lado da oferta quanto do lado da demanda; e (iii) inexistência de diferença nos serviços de busca em geral utilizados por dispositivos móveis ou não⁴⁴⁰. O mercado de comparação de produtos, por sua vez, distingue-se das buscas em geral por sua especialização na comparação de preços entre diferentes varejistas, provendo *links* que endereçam o consumidor para a aquisição do produto ou serviço⁴⁴¹. Acerca do mercado relevante geográfico, a Comissão concluiu que tanto o mercado de buscas em geral quanto o de comparação de produtos são de escopo nacional, porquanto, apesar dos serviços poderem ser acessados de qualquer lugar do mundo, existem barreiras linguísticas que acabam delimitando o seu alcance⁴⁴².

No que se refere ao poder de mercado, a Comissão concluiu que o *Google* possuía uma posição dominante em todos os mercados nacionais analisados⁴⁴³. A conclusão baseou-se, conjuntamente, na esmagadora parcela de mercado detida pelo *Google*, na existência de barreiras à entrada e na ausência de poder contrabalanceado dos consumidores. Essa abordagem tradicional por parte da Comissão não é isenta de críticas, ao menos desde o caso *Microsoft*⁴⁴⁴. Argumenta-se que em mercados de alta tecnologia, caracterizados por altos índices de inovação, embora haja uma tendência à monopolização decorrente dos efeitos de rede⁴⁴⁵, a concorrência é travada mais “pelo” mercado do que “no” mercado relevante. Nessa linha, os monopólios seriam “fracos”, apesar do *market share* ser expressivo e das barreiras à entrada decorrentes dos efeitos de rede existirem⁴⁴⁶⁻⁴⁴⁷. De qualquer maneira, esta argumentação não foi levada em consideração pela Comissão.

⁴³⁹ Decisão da Comissão Europeia de 27.06.2017, Processo AT.39740 – Google Search (Shopping), parágrafo 154.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, parágrafo 156.

⁴⁴¹ *Ibidem*, parágrafo 191.

⁴⁴² *Ibidem*, parágrafo 251.

⁴⁴³ *Ibidem*, parágrafo 271.

⁴⁴⁴ Processo COMP/C-3/37.792, *Microsoft Inc v. European Commission*, 2007.

⁴⁴⁵ Um exemplo utilizado por VARIAN (2010, p. 686) para explicar a ideia de efeitos de rede em mercados de alta tecnologia é o seguinte: a plataforma Adobe PDF. Quanto mais usuários adquirem o software Acrobat Reader, mais os designers desejam distribuir conteúdo neste formato, criando o ciclo que se retroalimenta, tendendo à dominância do mercado. Outros exemplos são as redes sociais (*Facebook* e *LinkedIn*) e o próprio sistema operacional *Windows*. Portanto, os efeitos de rede são externalidades características deste tipo de mercado.

⁴⁴⁶ Para entender a ideia de competição “pelo” mercado em contraposição à competição “no” mercado, basta

Sem embargo, estar numa posição dominante não constitui ilícito, mas o detentor desta posição – segundo o entendimento comunitário europeu – tem uma responsabilidade especial de garantir que sua conduta não distorça a competição no mérito⁴⁴⁸. O art. 102 do TFUE oferece um rol exemplificativo de condutas que podem ser consideradas abusivas: (a) impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; (b) limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; (c) aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; (d) subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

No presente caso, a Comissão entendeu que a posição do *Google* no mercado ensejaria uma responsabilidade especial de não prejudicar a concorrência genuína e não distorcida através de condutas que fogem ao escopo da competição no mérito⁴⁴⁹. Assim, ao dispor o *Google Shopping* numa posição mais favorável nos resultados do *Google Search*, ficou configurado o abuso de posição dominante no mercado de buscas em geral para favorecer o serviço de comparação de produtos. Deste modo, o *Google Shopping* acabou ganhando relevância em detrimento dos seus concorrentes não simplesmente por conta de suas vantagens competitivas, mas em grande medida graças à posição dominante no mercado de buscas em geral. Maiores detalhes acerca do papel da responsabilidade especial serão discutidos na próxima seção deste estudo.

pensar no VHS. Não faz muito tempo e a forma pela qual os indivíduos consumiam conteúdo audiovisual era predominantemente instrumentalizada pelo VHS. Nessa linha, empresários competiam “no” mercado de VHS, buscando atender tal demanda. No entanto, com o surgimento do DVD, o mercado de VHS sucumbiu. Noutro momento, o DVD perdeu espaço para o Blu-ray. Atualmente, pode-se dizer que os serviços de *streaming* substituíram em grande escala a necessidade de um *hardware* para armazenar cada filme, série ou outro conteúdo audiovisual. Nesse sentido, a forma pela qual os indivíduos têm acesso à conteúdos audiovisuais é altamente sujeita à movimentos disruptivos, ligados à inovação tecnológica. Portanto, ao mesmo tempo em que se teve uma competição dentro do mercado de VHS, DVD e Blu-ray, paralelamente, existiu uma competição “pelo” mercado de instrumentos que permitam aos indivíduos o acesso à conteúdos audiovisuais. Esse exemplo é utilizado por MCMAHON (2007, p. 10-11), inclusive associando tal fenômeno a um *neoschumpeterianismo* à ideia de destruição criativa.

⁴⁴⁷ Acerca de barreiras à entrada, cf. SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. Cit., p. 221-229. O autor distingue as chamadas barreiras naturais, decorrente da própria conformação do mercado, das barreiras artificiais, criadas por comportamentos dos agentes econômicos, aduzindo que estas seriam mais preocupantes para o direito concorrencial. Exemplo de barreira artificial é a conduta que dificulta o acesso dos concorrentes a um fornecedor, o que pode se dar através de uma concentração vertical.

⁴⁴⁸ Processo 322/81, *N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Comissão das Comunidades Europeias*, 1983.

⁴⁴⁹ Decisão da Comissão Europeia de 27.06.2017, Processo AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, parágrafo 331 e seguintes.

Contudo, haja vista as dificuldades inerentes ao processo de distinção do que seria uma conduta abusiva de posição dominante ou o que seria o seu exercício normal, as autoridades antitrustes tendem a ponderar os efeitos positivos e negativos da conduta, bem como permitem aos agentes dominantes apresentarem justificativas objetivas às suas ações⁴⁵⁰. Conforme leciona PEREIRA NETO (2016, p. 93):

“pode-se dizer que as autoridades concorrenciais adotam como *standart* geral de análise a ‘regra da razão’ (*rule of reason*), segundo a qual as condutas só podem ser caracterizadas como ilícitas se forem devidamente demonstrados os seus *efeitos anticoncorrenciais*, ponderando-se eventuais aspectos restritivos com os possíveis benefícios econômicos dela decorrentes, em termos de diminuição de custos, eficiências produtivas ou incentivos para inovação.”

FORGIONI (2016, p. 144) deixa claro que qualquer outra interpretação seria contraproducente à defesa da concorrência:

“Só podemos dizer que um agente econômico abusou da posição dominante que detinha se prejudicou a livre-concorrência ou a livre-iniciativa ou aumentou arbitrariamente seus lucros. Caso contrário, trata-se de um ato que não há de ser sancionado pela Lei Antitruste. Outra exegese nos conduzirá à absurda possibilidade de condenação, *per se*, de todo e qualquer ato praticado por empresa em posição dominante, conforme o livre entendimento da autoridade antitruste”.

Para a Comissão Europeia, o *Google* não foi capaz de demonstrar que sua conduta era objetivamente necessária ou que os efeitos exclusionários poderiam ser contrabalanceados por ganhos em termos de eficiência⁴⁵¹. Para tentar justificar-se, o *Google* argumentou, em apertada síntese, que (i) ele deve ter liberdade para ajustar seu mecanismo de busca no sentido de mantê-lo útil para os usuários; (ii) o posicionamento do serviço de comparação é justificável na medida em que melhora o cenário para os usuários e anunciantes; (iii) o *Google* não poderia ser obrigado a dispor os serviços de comparação de seus concorrentes do mesmo modo que o seu próprio mecanismo de comparação; (iv) se o *Google* fosse obrigado a agir de maneira diferente estar-lhe-ia sendo tolhida a liberdade de condução de seus negócios; e (v) tecnicamente, seria inviável classificar os resultados dos outros serviços de comparação com

⁴⁵⁰ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Comunicação da Comissão – orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante. Disponível em: https://institutoeuropeu.eu/images/stories/Comunicacao_da_CE_-_Aplicacao_Art_102_TFUE.pdf. Acesso em: 28/01/2018.

⁴⁵¹ Decisão da Comissão Europeia de 27.06.2017, Processo AT.39740 – Google Search (Shopping), parágrafo 653.

os seu próprio de maneira coerente. A Comissão rejeitou estes argumentos, afirmando, em linhas gerais, que a decisão diz respeito tão-somente ao fato de que o *Google* deveria dar tratamento igualitário ao seu serviço de comparação de produtos em relação aos serviços dos concorrentes, não posicionando o seu serviço em condição privilegiada. Ademais, a liberdade de concorrência não pode ser causa de distorção das condições de mercado em detrimento ao interesse público, aos demais concorrentes e aos consumidores⁴⁵².

Assim, a Comissão Europeia concluiu que o *Google* abusou de sua posição dominante ao fornecer ao seu próprio serviço de comparação de produtos uma vantagem ilegal, nos termos do art. 102 do TFUE. A conduta do *Google* asfixiou a concorrência no mérito no mercado de serviços de comparação de produtos e por essa razão foi-lhe aplicada vultuosa multa.

3. A construção jurisprudencial da responsabilidade especial do agente econômico dominante

Em 1979, o caso *Hoffmann-La Roche* – citado diversas vezes na decisão que condena o *Google* – já trazia a noção de que haveria uma distinção entre comportamentos competitivos normais e anormais praticados por um agente dominante, sendo considerado normal aquele comportamento que mantém o grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento desta concorrência e anormal o que cria barreiras à entrada ou à expansão⁴⁵³. Em sentido similar, o caso *United Brands* adverte que, conquanto a existência de uma posição dominante não prive a empresa de atuar na preservação de seus interesses comerciais, tal comportamento deverá ser proporcional, tendo em conta o poder econômico respectivo das empresas atingidas⁴⁵⁴.

⁴⁵² *Ibidem*, parágrafo 667.

⁴⁵³ “A noção de exploração abusiva é uma noção objectiva que abrange os comportamentos de uma empresa em posição dominante susceptíveis de influenciar a estrutura de um mercado no qual, precisamente na sequência da presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido e que têm como consequência impedir, através de meios diferentes daqueles que regem uma competição normal de produtos ou serviços com base em prestações dos operadores económicos, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento desta concorrência.” Decisão da Comissão Europeia de 27.06.2017, Processo AT.39740 – Google Search (Shopping), parágrafo 91.

⁴⁵⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.2.1978, Processo 27/76, *United Brands c. Comissão*, Colect. 1978, parágrafos 189 e 190.

Contudo, é no caso *Michelin* que se estabelece expressamente a responsabilidade especial dos agentes dominantes de não arrefecer, por uma conduta que foge ao âmbito da concorrência no mérito, a concorrência genuína e não falseada no mercado:

“o fato de uma empresa deter uma posição dominante não deve ser recriminada em si mesma, mas simplesmente significa que, independentemente dos motivos pelos quais adquiriu tal posição dominante, a empresa em questão tem uma responsabilidade especial de não permitir que sua conduta prejudique a concorrência genuína e não falseada no mercado comum”⁴⁵⁵ (grifei).

Também lança luzes sobre o tema o caso *Akzo* ao concluir que a legislação comunitária europeia proíbe que uma empresa em posição dominante elimine um concorrente e reforce desse modo a sua posição recorrendo a outros meios que não os que resultam de uma concorrência no mérito⁴⁵⁶. De qualquer maneira, ao conceito de responsabilidade especial subsistem dificuldades em sua correta interpretação, uma vez que a jurisprudência tem balizado o conceito sobre terminologias abertas, sendo difícil distinguir o que seria uma conduta “anormal”, “proporcional” ou a mensuração do que seria uma concorrência no mérito.

Ademais, a responsabilidade especial ganha ainda mais relevo na jurisprudência comunitária quando há situações de superdominância ou quase-monopólio. Como afirmado no caso *Deutsche Post AG*, o escopo da responsabilidade especial deve ser considerado em relação ao grau de dominância detido por tal agente e às características especiais do mercado cujos efeitos concorrenciais serão sentidos⁴⁵⁷. No *Discussion paper on the application of Article 82* da Comissão Europeia⁴⁵⁸, é também ressaltado que o grau de dominância é um

⁴⁵⁵ No original, “A finding that an undertaking has a dominant position is not in itself a recrimination but simply means that, irrespective of the reasons for which it has such a dominant position, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market.”, Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção) de 30.09.2003, Processo T-203/01, *Michelin c. Comissão*, Colect. P. II 4071., parágrafo 57, p. 3511.

⁴⁵⁶ “Por aqui se conclui que o artigo 86.º do Tratado proíbe que uma empresa em posição dominante elimine um concorrente e reforce desse modo a sua posição, recorrendo a outros meios que não os que resultam de uma concorrência de méritos. Nesta perspectiva, nenhuma concorrência de preços pode, portanto, ser considerada lícita.” Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 3.07.1991, Processo C-62/86, *AKZO Chemie BV c. Comissão das Comunidades Europeias.*, parágrafo 70.

⁴⁵⁷ “The actual scope of the dominant firms special responsibility must be considered in relation to the degree of dominance held by that firm and to the special characteristics of the market which may affect the competitive situation” Decisão da Comissão Europeia de 25.7.2001, IV/ 36.915 – *Deutsche Post AG* – Intercepção de correio transfronteiriço., parágrafo 103.

⁴⁵⁸ COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Bruxelas, dez. 2005. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>. Acesso em: 28/01/2018. Parágrafo 59.

importante fator para estabelecer efeitos exclusionários, afirmando que quanto maior o poder de mercado, maiores as chances de surgirem condutas com resultados anticoncorrenciais. Nessa linha, o Tribunal decidiu, no caso *Van Der Bergh Foods* – que tratava de oferta de fornecimento de *freezers* para varejistas, condicionados ao seu uso exclusivo para os sorvetes deste agente superdominante –, a responsabilidade especial previne que os agentes dominantes de alguma forma limitem ou encerrem a concorrência residual⁴⁵⁹. Outrossim, no caso *Microsoft*, de acordo com a Comissão, a sociedade empresária não teria apenas responsabilidade especial, mas devido à sua condição de quase-monopolista, teria uma responsabilidade ainda maior de não dificultar a concorrência, a qual não foi suficientemente levada em consideração⁴⁶⁰. Entretanto, se já é problemático identificar os deveres decorrentes da responsabilidade especial, quanto mais a responsabilidade dos “superdominantes”.

No caso *Google*, como já dissemos, a responsabilidade especial de não prejudicar a concorrência genuína e não distorcida através de condutas que fogem ao escopo da competição no mérito, como ressaltou a Comissão:

“Resulta da natureza das obrigações impostas pelo artigo 105 do Tratado e artigo 54 do Acordo da AEE que, em circunstâncias especiais, uma empresa numa posição dominante deve abster-se de adotar uma linha de conduta que seria inadequada se tomada por uma empresa não-dominante”⁴⁶¹.

Desse modo, a conduta do agente dominante não deve dificultar a entrada ou interferir na estrutura competitiva do mercado. Segundo o argumento da Comissão, os consumidores devem ter a oportunidade de se beneficiarem de qualquer grau de competição possível no mercado, bem como os concorrentes devem ser capazes de competir no mérito pelo mercado inteiro e não apenas em parte dele.

Com efeito, depreende-se da análise destes precedentes que a expressão “responsabilidade especial” não parece sinalizar critério algum para determinar se uma conduta é abusiva ou não. Outrossim, não parece indicar este conceito qualquer parâmetro do que seria concorrência no mérito. Conforme a provocação de WHISH & BAILEY (2012, p. 192), por responsabilidade especial estaria se afirmando tão-somente o óbvio:

“It is clear that it is not an offence in itself for a firm to have a dominant position; what is offensive is to abuse the position of dominance. However

⁴⁵⁹ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 23 de outubro de 2003. Processo T-65/98.

⁴⁶⁰ Processo COMP/C-3/37.792, *Microsoft Inc v. European Commission*, 2007, parágrafo 775.

⁴⁶¹ Tradução livre da Decisão da Comissão Europeia de 27.06.2017, Processo AT.39740 – *Google Search (Shopping)*, parágrafo 337.

the Court of Justice in *Michelin v Commission* stated that a firm in a dominant position has a ‘special responsibility not to allow its conduct to impair undistorted competition’ on the internal market. This statement is routinely repeated in the judgments of the EU Courts and the decisions of the Commission on Article 102. In a sense it is a statement of the obvious: it is clear that Article 102 imposes obligations on dominant firms that non-dominant firms do not bear.”

Por esse ângulo, a recorrente referência à responsabilidade especial dos agentes dominantes parece vazia, entretanto, este conceito não deve ser descartado de imediato. Infere-se pela maneira com que ele é utilizado pela jurisprudência europeia ao menos duas aplicações. Em primeiro lugar, a noção responsabilidade especial do agente dominante funciona como ferramenta hermenêutica na interpretação do art. 102 do TFUE. Isso porque este conceito tem natureza principiológica⁴⁶², no sentido de que, diante das circunstâncias fáticas, a caracterização ou não de um abuso de posição dominante dependerá, para-além da avaliação dos efeitos líquidos, da ponderação valorativa entre eficiência econômica, interesse público e bem-estar dos consumidores; princípios que deverão ser realizados na maior medida possível.

Nesse sentido, a imposição de uma responsabilidade especial diferencia-se metodologicamente da abordagem da regra da razão, isto é, do mero sopesamento entre os efeitos pró e anticompetitivos das condutas. Isso não significa que a responsabilidade exclui a regra da razão, mas pondera-a com outros princípios, a depender das circunstâncias do caso concreto. Assim, conforme ALEXY (2015, p. 93):

“Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deve ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.”

Além disso, a noção de responsabilidade especial é bastante consistente com as opções institucionais de política concorrencial europeia. Assim como, a partir da Regulação

⁴⁶² “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que *princípios* são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”. (ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª Ed, 4ª Triagem. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90).

da Comissão Europeia n. 1/2003 buscou-se transferir a responsabilidade pelo cumprimento do art. 101 do TFUE, que proíbe os acordos entre empresas que tenham efeitos anticoncorrenciais, da autoridade antitruste para os próprios agentes econômicos – através da dispensa da obrigatoriedade de notificação de determinadas naturezas de contratos, conjuntamente com a possibilidade de o agente envolvido tomar a iniciativa para desfazer práticas competitivas (acordo de leniência) e com as ações privadas ameaçando qualquer prática desta natureza –, a referência à responsabilidade especial indica que se espera dos agentes dominantes uma contribuição para com o cumprimento do art. 102 do TFUE. Essa contribuição se traduziria num dever de autoavaliação da legitimidade de sua própria conduta. Nesse contexto, o ônus pelo cumprimento do art. 102 do TFUE passaria da autoridade para os agentes, uma vez que estes possuem informações relevantes acerca de sua própria posição e acerca do próprio mercado no qual estão inseridos, sendo mais aptos a dar o correto cumprimento à legislação concorrencial. No mesmo sentido, LAROUCHE & SCHINKEL (2013, p. 14):

“In this respect, the special responsibility of dominant firms under Article 102 TFEU might find the most meaning when it is explained in institutional terms. Indeed, on substance, the special responsibility does not usually add much to the analysis. Typically, whether the conduct of the dominant firm is abusive or not, does not depend on the special responsibility of the firm. Even though the Commission and the Court almost never fail to mention it, the special responsibility could usually be removed from the reasoning without loss of cogency. When seen as a signal to dominant firms that they are expected to contribute actively to enforcement by self-assessing their conduct, however, it is sensible to mention that special responsibility time and again, to emphasize that dominant firms are expected to internalize the substantive analysis set out by the competition authority.”

Destarte, conquanto não se descarte aqui o papel principiológico da teoria das responsabilidades especiais na exegese do “abuso” de posição dominante, nos parece que esta teoria ganha maior relevo quando inserida no contexto institucional da concorrência, informando que agentes dominantes carregam consigo uma responsabilidade especial de autoavaliação, com todos os riscos que envolvem este escrutínio.

3.1. Raízes teóricas da teoria da responsabilidade especial: ordoliberalismo

Como lecionam FELICE & VATIERO (2013, p. 10), o local de nascimento do direito concorrencial europeu moderno é Viena. No fim do século XVIII, um grupo de intelectuais –

Carl Menger e Eugen Bohm-Bawerk, entre outros – começou a explorar a ideia de utilização da lei para proteger a concorrência. As ideias austríacas foram implantadas na Alemanha, onde a primeira lei concorrencial foi promulgada, em 1923, como uma resposta a hiperinflação pós-guerra. Contudo, o insucesso da República de Weimar e o surgimento do nazismo determinou o seu fim. Entretanto, um grupo de juristas e economistas chamados ordoliberais continuaram a desenvolver, clandestinamente, na Universidade de Freiburg a ideia de uma lei concorrencial austríaca e continental. Assim, com o fim da Segunda Guerra Mundial, a primeira minuta completa da lei de defesa da concorrência alemã foi baseada nos pensamentos ordoliberais. Essa minuta influenciou a atual lei de defesa da concorrência alemã, os artigos acerca da concorrência no Tratado de Roma e, por conseguinte, as leis concorrências europeias atuais.

Segundo o pensamento ordoliberal, a economia de mercado só é capaz de trazer benefícios se o Estado estabelecer balizas institucionais capazes de mitigar o poder de mercado dos agentes econômicos. Em outras palavras, presume-se uma tendência à concentração de poder econômico quando o Estado é fraco, fazendo com que os próprios indivíduos tenham suas liberdades econômicas tolhidas frente ao poder econômico. No entanto, surge um dilema: se, por um lado, enfraquecer o poder econômico para empoderar os indivíduos é importante, por outro lado, um Estado forte pode levar ao totalitarismo e, assim, chega-se ao mesmo resultado indesejado.

A solução ordoliberal para este dilema está na ideia de constituição econômica. Através de normas constitucionais são estabelecidas estruturas que visam garantir o funcionamento do livre mercado e do sistema de preços, ao mesmo tempo em que limitam a atuação discricionária do Estado, minimizando sua intervenção na economia. Sendo assim, os ordoliberais garantiriam a liberdade individual face ao poder estatal e ao poder econômico.

Em termos práticos, os ordoliberais defendem que, onde a competição é fraca, o Estado deve exigir que os agentes econômicos atuem “como se” não tivessem poder coercitivo sobre outros agentes. Assim, distinguem-se duas espécies de concorrência, aquela que disputa por melhores bens, serviços e preços, daquela que visa apenas atingir os concorrentes. Nesse sentido, o objetivo da política concorrencial é combater esse segundo tipo de concorrência, assim, o Estado só estaria autorizado a atuar nesses casos. Esse objetivo está incluído no conceito de abuso de posição dominante, na noção de competição no mérito.

Outrossim, a teoria da responsabilidade especial dos agentes econômicos dominantes, construída pela jurisprudência comunitária, tem suas raízes teóricas neste pensamento⁴⁶³.

Em suma, o pensamento ordoliberal pode ser resumido em quatro regras básicas: (i) a política concorrencial tem por objetivo central garantir a liberdade individual, sendo a eficiência econômica consequência desta garantia; (ii) o estado tem papel importante na proteção dos parâmetros básicos da concorrência, porém sua atuação direta é restrita; (iii) a política concorrencial é moldada pela regra da razão; e (iv) a política concorrencial está inserida na ordem econômica de uma sociedade livre e aberta. O objetivo dessas regras não é tanto maximizar a eficiência alocativa, mas limitar o poder de mercado a partir do interesse público⁴⁶⁴.

Nesse sentido, o conceito de responsabilidade especial dos agentes dominantes na construção europeia tem um caráter publicista ou intervencionista. É possível até fazer uma comparação com a sistemática brasileira, uma vez que a livre concorrência, enquanto princípio insculpido da Constituição de 1988, art. 170, IV, é mitigada pela função social da propriedade, defesa dos consumidores, repressão ao abuso do poder econômico e interesse social em geral. Na precisa assertiva de GRAU (2006, p. 214): “Embora seja assim, força é reconhecermos, de uma parte, que a livre concorrência é elevada à condição de princípio da ordem econômica, na Constituição de 1988, mitigadamente, não como liberdade anárquica, porém social”. Fato é que a defesa da concorrência, no sentido aqui adotado, afasta-se da mera busca pela eficiência no sentido proposto pela Escola de Chicago⁴⁶⁵, e passa a ser vista

⁴⁶³ GORMSEN, L. Lovdahl. Article 82 EC: Where Are We Coming from and Where Are We Going to?, *The Competition Law Review* 2, nº 2 (206):10. Disponível em: <https://www.escholar.manchester.ac.uk/api/datastream?publicationPid=uk-ac-man-scw:111389&datastreamId=POST-PEER-REVIEW-PUBLISHERS-DOCUMENT.PDF>. Acesso em: 28/01/2018.

⁴⁶⁴ Para aprofundamento do pensamento ordoliberal, sugerimos, por todos, *Ordoliberalism: a new intellectual framework for competition law*. In: GERBER, D.J. *Law and Competition in Twentieth Century in Europe: Protecting Prometheus*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

⁴⁶⁵ Conforme leciona SALOMÃO FILHO (2013, p. 39): “Pode-se dizer que a chamada ‘Escola de Chicago’ nasce nos anos 1950 com os trabalhos do economista Aaron Director. Seu trabalho se resume à aplicação, ainda bastante simplificada, da *price theory* ao direito antitruste em uma época em que os estudos econômicos sobre a matéria eram assistemáticos e descritivos. Nos anos 1960 e 1970 esse trabalho será desenvolvido, sobretudo, por R. Bork e R. Posner, com aplicação rigorosa da teoria marginalista a estudo do direito antitruste. A principal característica dessa escola é a ênfase dada à eficiência produtiva (significando, primordialmente, produção a baixo custo). Para esses autores a eficiência produtiva é sempre uma justificativa para obtenção ou manutenção de posições dominantes”. Para uma visão mais aprofundada sobre a evolução da Escola de Chicago, ver POSNER, Richard. *The Chicago School of antitrust analysis*. *University of Pennsylvania Law Review* 127/925 (1979).

não como um fim em si mesmo, mas como um instrumento para atingir certos interesses públicos⁴⁶⁶.

4. Análise crítica da responsabilidade especial dos agentes econômicos dominantes

A ideia de uma responsabilidade especial dos agentes dominantes, em geral, sofre duas ordens de críticas. Em primeiro lugar, em relação à correta aplicação deste ditame pelas autoridades antitrustes: a problemática definição dos deveres decorrentes desta responsabilidade especial, somada com uma desconfiança exagerada em relação aos agentes dominantes, levaria em certas circunstâncias à punição de condutas pró-competitivas ou ao dever de cooperação com algum concorrente. Outra ordem de críticas está relacionada aos desafios derivados da transferência de ônus das autoridades antitrustes para os particulares no tocante ao cumprimento do art. 102 do TFUE.

4.1. Ataques relacionados à aplicação da responsabilidade especial como princípio

Como já destacado, a política concorrencial europeia tende a ser mais intervencionista, muito devido às suas origens ordo-liberais. Por conseguinte, se compararmos com a abordagem norte-americana, veremos que esta adota uma postura mais permissiva para com o setor privado na interpretação do abuso de posição dominante (Seção 2 do *Sherman Act*). Conforme FIDELIS (2015, p. 70):

“Entre as autoridades antitruste norte-americanas, especialmente no que se refere às indústrias de alta tecnologia, constituiu-se um senso generalizado de rápida inovação, uma forte crença na tendência de autocorreção dos mercados e uma grande preocupação com o efeito inibidor do ‘excesso regulatório’ (*overdeterrence*). Consequentemente, conquanto a conduta dita exclusionária apresente uma justificativa comercial legítima, as autoridades norte-americanas tendem a apostar na eventual entrada de novos concorrentes como suficiente para constranger eventual poder de monopólio”.

⁴⁶⁶ “[...] o antitruste já não é encarado apenas em sua função de eliminação dos efeitos autodestrutíveis do mercado, mas passa a ser considerado *instrumento* ou meio de que dispõe o Estado para conduzir e conformar o sistema” (FORGIONI, 2016, p. 195).

Não por outro motivo a conduta do *Google*, colocada *sub judice* perante a jurisdição norte-americana⁴⁶⁷, tomou outro contorno. A *Federal Trade Commission* (“FTC”) entendeu que a conduta do *Google* seria justificável por melhorar o serviço e a experiência dos usuários, reforçando que a missão do direito concorrencial é a proteção da concorrência e não dos concorrentes. Ademais, não há existe qualquer dever de cooperação do agente dominante para com os concorrentes perante o direito norte-americano⁴⁶⁸. Como apontado pelo juiz Posner noutra ocasião⁴⁶⁹:

“Later, as the emphasis of antitrust policy shifted from the protection of competition as a process of rivalry to the protection of competition as a means of promoting economic efficiency, it became recognized that the lawful monopolist should be free to compete like everyone else; otherwise the antitrust laws would be holding an umbrella over inefficient competitors. A monopolist, no less than any other competitor, is permitted and indeed encouraged to compete aggressively on the merits”.

Sinteticamente, utilizando as conclusões de FIDELIS (2015, p. 80), podemos traçar o seguinte quadro comparativo acerca das interpretações do abuso de posição dominante no sistema norte-americano e comunitário europeu:

Seção 2 do <i>Sherman Act</i>	Art. 102 do TFUE
Tende a repelir os riscos de falsos positivos e <i>overdeterrence</i> com relação à conduta unilateral do monopolista.	Prioriza a prevenção de falsos negativos e é mais confiante na intervenção eficaz das autoridades da concorrência.
Confia no poder de autocorreção dos mercados.	Desconfia da autocorreção dos mercados e busca promover uma concorrência que seja mais palpável para os consumidores.
Não obriga o agente dominante a colaborar com os concorrentes.	Impõe ao agente dominante uma responsabilidade especial.

Dito isso, as principais críticas direcionadas à imposição da responsabilidade especial tem por fundamento as tendências interpretativas norte-americanas. Assim, sob a ótica norte-americana, a responsabilidade especial é carregada de certo ranço moralista e publicista. Nesse sentido, a ideia de criar ônus ou deveres para um agente dominante, pelo simples fato de este ser o mais eficiente, distancia-se de uma abordagem baseada nos efeitos das condutas,

⁴⁶⁷ In the Matter of Google Inc., File No. 111-0163.

⁴⁶⁸ MCMAHON, Kathryn. Interoperability: Indispensability and Special Responsibility. In High Technology Markets. Tulane Journal of Technology & Intellectual Property. Vol. 9, 2007, p. 49. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1523146>. Acesso em: 28/01/2018.

⁴⁶⁹ *Olympia Equipment Leasing v Western Union Telegraph* 797 F.2d 370 (7th Cir. 1986), parágrafo 375.

isto é, uma abordagem mais econômica, podendo ser deletéria para a concorrência e, conseqüentemente, para a maximização da eficiência e do bem-estar dos consumidores.

4.2. Riscos relacionados ao dever de autoavaliação dos agentes econômicos dominantes

Como afirmamos, a noção de responsabilidade especial ganha maior sentido quando inserida num contexto institucional de política concorrencial. Dado que os agentes dominantes possuem, naturalmente, maiores informações sobre sua própria posição e mercado aonde se inserem, em tese, seriam capazes de verificar com mais assertividade se suas condutas são compatíveis com o art. 102 do TFUE. Desta maneira, tal qual ampliou-se o papel dos particulares na detecção das infrações ao art. 101 do TFUE, pretende-se transferir da autoridade concorrencial para os agentes dominantes, em certa medida, o ônus da análise de compatibilidade das condutas ao art. 102 do TFUE. No entanto, a transferência desse ônus é repleta de riscos⁴⁷⁰.

Em primeiro lugar, existe um risco envolvendo a deficiência de informação do agente dominante em relação aos demais concorrentes. É evidente que o agente dominante está em melhor posição do que qualquer outro ente em relação ao conhecimento de si mesmo e de suas condutas. Todavia, pode ser que ele não possua o mesmo nível de informação acerca de seus concorrentes do que a autoridade concorrencial possui ou pode adquirir por meio de investigação. Segundo LAROUCHE & SCHINKEL (2013, p. 16), este risco pode ser aliviado na medida em que o agente dominante não necessitaria impreterivelmente de informações tão profundas acerca de seus concorrentes, pois seria capaz de avaliar sua conduta com base em testes como o *As-Efficient-Competitor*⁴⁷¹ e outros semelhantes.

Outro risco relacionado à deficiência de informação do agente dominante é possibilidade deste mal interpretar os ditames do art. 102 do TFUE. Assim, como não é incomum que existam dificuldades interpretativas diante das circunstâncias fáticas de determinada conduta, os agentes dominantes podem continuar violando o referido dispositivo,

⁴⁷⁰ LAROUCHE, Pierre; SCHINKEL, Maarten Pieter. Continental Drift in the Threatment of Dominant Firms: Article 102 TFUE in Contrast to § 2 Sherman Act. In TILEC. Discussion Paper. Maio 2013, p. 15. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2293141>. Acesso em: 28/01/2018.

⁴⁷¹ Para uma introdução ao teste *As-Efficient-Competitor* ver: EUROPEAN ECONOMIC & MARKETING CONSULTANTS. *As-efficient-competitor test*. Disponível em: <http://www.ee-mc.com/tools/dominance-abuse/as-efficient-competitor-test.html>. Acesso em: 28/01/2018.

mesmo sem haver intenção. O que mais preocupa, contudo, é o cenário oposto, no qual um agente se abstém de praticar uma conduta permitida e pró-competitiva por julgar que estaria violando o art. 102 do TFUE⁴⁷². Essa possibilidade de o agente se reprimir diante do receio de violar a legislação concorrencial e vir a pagar uma multa vultuosa, ao invés de competir vigorosamente, cria um efeito que vai na contramão aos objetivos da legislação concorrencial, como apontado pela Escola de Chicago.

Esse risco pode ser abrandado por mecanismos de *soft law*, por exemplo, elaboração de guias, divulgação de notícias sobre decisões, resoluções etc⁴⁷³. Por meio desses tipos de comunicações, aliadas a uma jurisprudência coerente, a autoridade antitruste externa quais seriam as áreas de maior preocupação e foco do direito concorrencial, trazendo maior segurança jurídica aos administrados na escolha de suas políticas comerciais, aumentando o nível de *compliance*, resultante desta sinalização prática promovida pelas autoridades. Todavia, ainda sim, seria bastante complicado para os agentes dominantes cumprir com o dever de autoavaliação a partir da mera emissão de um novo guia ou resolução, dado que a ideia de responsabilidade especial passa por uma mudança estrutural da política concorrencial, que demanda tempo para ser assimilada.

5. Considerações finais

O advento de mais um precedente relevante envolvendo a noção de responsabilidade especial dos agentes dominantes traz consigo a discussão acerca do sentido e alcance deste conceito jurisprudencialmente construído. Tal como em outros casos envolvendo empresas de alta tecnologia – como no caso *Intel* e no caso *Microsoft* – a Comissão Europeia no caso *Google* não se olvidou de sublinhar que os agentes econômicos detentores de significativo *market power* possuem uma responsabilidade especial de não distorcer, por meio de condutas que fogem à concorrência no mérito, as condições de mercado existentes. Contudo, apesar da

⁴⁷² LAROUCHE, Pierre; SCHINKEL, Maarten Pieter. Continental Drift in the Threatment of Dominant Firms: Article 102 TFUE in Contrast to § 2 Sherman Act. In TILEC. Discussion Paper. Maio 2013, p. 16. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2293141>. Acesso em: 28/01/2018.

⁴⁷³ DRAGO (2015, p. 388), inclusive, sustenta que o dever de autoavaliação deve gerar presunção relativa de efeito anticoncorrencial contra o agente dominante: “Dessa forma, se a posição dominante em que se encontra o agente econômico gera ônus de responsabilidade especial de autoavaliação de suas condutas comerciais, seu desrespeito deve gerar presunção relativa de efeito anticoncorrencial no mercado (*iuris tantum*), admitindo, portanto, prova em contrário para descaracterização da conduta.

ideia de responsabilidade especial ser frequentemente invocada, ainda pairam dúvidas sobre em que consiste, de fato, esta responsabilidade.

Como ficou evidenciado, as raízes deste conceito de responsabilidade especial – que não está expresso no art. 102 do TFUE – remontam ao pensamento ordo-liberal europeu.

“In the eyes of ordo-liberals, economic power forms the main threat to this free economic order based on markets and competition. Economic power leads to coercion, which deprives economic actors of their freedom. The ideal to be pursued by economic policy is therefore a free market without economic power, i.e. a market where the only possible form of competition is ‘competition on the merits’.” (LAROCHE & SCHINKEL, 2013, p. 9).

Nesse sentido, para os ordo-liberais, mercados livres e competitivos são um bem frágil frequentemente ameaçado pelo poder de mercado e pelo poder estatal. Assim, o direito concorrencial funcionaria como um veículo que busca equacionar o objetivo de enfraquecer o poder de mercado sem ameaçar o *free market*. Portanto, se o poder de mercado é uma ameaça, os que detêm tal poder devem estar sob vigilância.

Destarte, para-além da tipificação do abuso de posição dominante no art. 102 do TFUE, a jurisprudência europeia passou a utilizar a ideia de responsabilidade especial como uma ferramenta hermenêutica para abordar este dispositivo legal. Por conseguinte, responsabilidade especial traz uma carga principiológica no sentido de que na aplicação do art. 102 do TFUE devem ser ponderados princípios como o do interesse público e a proteção dos consumidores. Nessa linha, a noção de responsabilidade especial complementa a ideia de abuso de posição dominante.

Essa forma de interpretar e aplicar a direito concorrencial é criticada veementemente por aqueles que têm afinidade com a Escola de Chicago. Segundo esta, a lente adequada para enxergar os problemas concorrenciais é a teoria dos preços (POSNER, 1978, p. 932). Logo, “O único valor social a ser considerado seria o da ‘eficiência alocativa’, de forma que todos os problemas jurídicos e sociais devem ser ‘traduzidos’ e, portanto, considerado apenas seu viés econômico (o direito exsurge, assim, mais seguro e previsível).” (FORGIONI, 2016, p. 180). Dessa maneira, devem ser afastados conceitos abertos como o de responsabilidade especial, por ser difícil compreender seu conteúdo, e confiar mais no poder de autocorreção dos mercados sem a necessidade de intervenção do estatal.

A noção de responsabilidade especial, por outro lado, ganha maior relevância quando considerada a partir de uma perspectiva institucional. Trata-se de transferir parte do ônus pelo *enforcement* do art. 102 do TFUE para os próprios agentes econômicos dominantes, através de um dever de autoavaliação de suas próprias condutas. Segundo essa leitura, ninguém está em posição mais adequada para fazer valer o art. 102 do TFUE do que a própria firma dominante.

Conforme sublinhamos essa transferência de responsabilidade possui certos riscos. Em primeiro lugar, o agente dominante pode não ter incentivos suficiente para assumir esse dever. Em segundo lugar, o agente dominante pode não ter informações suficientes acerca de seus concorrentes, comparativamente à possibilidade de informação que pode ser obtida pela autoridade antitruste por meio de seu poder investigativo. Em terceiro lugar, o agente dominante pode ter grandes dificuldades na interpretação do art. 102 do TFUE e acabar por ou continuar abusando de sua posição dominante ou abster-se de praticar uma conduta lícita e pró-competitiva, assim, em ambos os casos, o resultado pode ser o arrefecimento da concorrência em ambos. Estes riscos podem ser minimizados, mas é difícil eliminá-los por completo.

De maneira geral, a ideia de responsabilidade especial, conquanto seja coerente com as vicissitudes do pensamento jusconcorrencial europeu, não é isenta de críticas pertinentes. Não parece, por um lado, existir conciliação entre a existência deste conceito e os obstinados fundamentos de primazia da eficiência econômica, tal qual proposto pela Escola de Chicago. Em todo caso, acreditamos que a trajetória da responsabilidade especial ainda pode amadurecer na medida em que continue a ser aplicada e discutida na jurisprudência europeia, bem como que a sua perspectiva institucional merece ser levada em consideração como instrumento útil para as autoridades concorrenciais.

6. Bibliografia

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª Ed, 4ª Triagem. São Paulo: Malheiros, 2015.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Antitrust procedures in abuse of dominance (Article 102 TFEU cases). Bruxelas, 16/08/2013. Disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/procedures_102_en.html. Acesso em: 28/01/2018.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses. Bruxelas, dez. 2005. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>. Acesso em: 28/01/2018.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Comunicação da Comissão – orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante. Disponível em: https://institutoeuropeu.eu/images/stories/Comunicacao_da_CE_-_Aplicacao_Art_102_TFUE.pdf. Acesso em: 28/01/2018.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Press Release - Antitrust: Commission fines Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service. Bruxelas, 27/06/2017. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm. Acesso em: 28/01/2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Nota Técnica nº 349-2013, parágrafo 74, p. 24.

DRAGO, Bruno de Luca. Responsabilidade Especial dos Agentes Econômicos Dominantes. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2015.

EUROPEAN ECONOMIC & MARKETING CONSULTANTS. As-efficient-competitor test. Disponível em: <http://www.ee-mc.com/tools/dominance-abuse/as-efficient-competitor-test.html>. Acesso em: 28/01/2018.

FELICE, Flavio & VATIERO, Massimiliano. Ordo and European Competition Law. In: Luca Fiorito (ed.) A Research Annual (Research in the History of Economic Thought and Methodology. Vol. 32. Emerald Group Publishing Limited, p. 147-157. Disponível em: www.siecon.org/online/wp-content/uploads/2013/09/Felice-Vatiero.pdf. Acesso em: 18/04/2018.

FIDELIS, Andressa Lins. Entre o “*laissez-faire*” americano e o “intervencionismo” europeu: para qual direção aponta a atual investigação do CADE sobre o mecanismo de busca do Google. Revista de Defesa da Concorrência. Vol. 3, nº 2, p. 65-86.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 9ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GERBER, D.J. Law and Competition in Twentieth Century in Europe: Protecting Prometheus. Oxford: Oxford University Press, 1998.

GORMSEN, L. Lovdahl. Article 82 EC: Where Are We Coming from and Where Are We Going to?, The Competition Law Review 2, nº 2 (206):10. Disponível em: <https://www.escholar.manchester.ac.uk/api/datastream?publicationPid=uk-ac-man-scw:111389&datastreamId=POST-PEER-REVIEW-PUBLISHERS-DOCUMENT.PDF>.

Acesso em: 28/01/2018.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

LAROUCHE, Pierre; SCHINKEL, Maarten Pieter. Continental Drift in the Threatment of Dominant Firms: Article 102 TFUE in Contrast to § 2 Sherman Act. In TILEC. Discussion Paper. Maio 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2293141>, Acesso em: 28/01/2018.

MCMAHON, Kathryn. Interoperability: Indispensability and Special Responsibility. In High Technology Markets. Tulane Journal of Technology & Intellectual Property. Vol. 9, 2007. Cópia eletrônica disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1523146>. Acesso em: 28/01/2018.

PEREIRA NETO, Caio Mário da & CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Direito concorrencial. São Paulo: Saraiva, 2016.

POSNER, Richard. The Chicago School of antitrust analysis. University of Pennsylvania Law Review 127/925 (1979).

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013.

VARIAN, Hal R. Intermediate Microeconomics: a modern approach. 8º Ed. New York: W. W. Norton & Company, 2010.

JURISPRUDÊNCIA

UE

Processo AT.39740 – *Google Search (Shopping)*.

Processo COMP/C-3/37.792, *Microsoft Inc v. European Commission*, 2007.

Processo 322/81, *N.V. Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Comissão das Comunidades Europeias*, 1983.

Processo 27/76, *United Brands c. Comissão*, Colect. 1978.

Proc. T-203/01, *Michelin c. Comissão*, Colect. P. II 4071, 2003.

Processo C-62/86, *AKZO Chemie BV c. Comissão das Comunidades Europeias*, 1991.

Processo IV/ 36.915 – *Deutsche Post AG – Intercepção de correio transfronteiriço*, 2001.

Processo T-65/98, *Van Der Bergh Foods v. European Comission*, 2003.

EUA

In the Matter of Google Inc., File No. 111-0163.

Olympia Equipment Leasing v Western Union Telegraph 797 F.2d 370 (7th Cir. 1986)