

ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO CADE

*Abuse of a dominant position according to
Cade's case law*

Ciro Silva Martins¹

Laura Soares Miranda dos Santos²

RESUMO

O presente estudo pretendeu examinar a jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) relativamente ao tema abuso de posição dominante. Após uma breve revisão de literatura sobre o assunto, realizou-se um estudo sobre os precedentes, nos quais verificou-se resolução de mérito, no período compreendido entre 2009 a 2019, envolvendo condutas unilaterais. Cerca de 20 precedentes foram analisados, todos com julgamento de mérito. A partir disso, foi possível descrever, em linhas gerais, porém sem esgotar o assunto, como o Cade interpreta o art. 36 da Lei nº 12.529/2011, bem como a utilização de conceitos centrais como poder de mercado e regra da razão.

Palavras-chave: Posição dominante; abuso de posição dominante; regra da razão; direito da concorrência.

ABSTRACT

This study aimed to examine the jurisprudence of the Administrative Council for Economic Defense (Cade) regarding the abuse of dominant position. After a brief review of literature on the subject, a study on the precedents, in which there was a resolution of merit, between 2009 and 2019, involving unilateral conducts was conducted. About 20 precedents were reviewed, all with merit judgment. From this, it was possible to describe, in general, but without exhausting the subject, how Cade interprets art. 36 of Law No. 12.529/2011, as well as the use of core concepts such as market power and the rule of reason.

Keywords: Dominant position; abuse of dominant position; rule of reason; competition law.

Classificação JEL: K21.

Sumário: 1. Introdução; 2. O abuso de posição dominante na Lei nº 12.529/2011; 3. A jurisprudência do Cade acerca do abuso de posição dominante; 4. Síntese da análise jurisprudencial; 5. Conclusões; 6. Bibliografia.

1 Mestrando em direito na linha Empresa e Atividades Econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: cs.martins0@gmail.com.

2 Mestranda em direito na linha Empresa e Atividades Econômicas pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e especialista em Direito de Empresas pela PUC/Rio. E-mail: laurasoaresm15@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Ao se considerar o contexto do ordenamento jurídico brasileiro através da Constituição Federal, é evidente a preocupação destacada à ordem econômica e, por conseguinte, à coibição de condutas onde há configuração, não do exercício do poder econômico, mas de seu abuso (BRASIL, 2020)³.

No entanto, uma das tarefas mais árduas do direito concorrencial é a definição do que seria, em cada caso, considerado uma conduta abusiva com impactos deletérios à concorrência. A Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011) não fixou aprioristicamente em que consiste “exercer de forma abusiva posição dominante”, limitando-se a listar no § 3º do art. 36 exemplos de práticas que configuram infração à ordem econômica, quando tenham por objeto ou possam produzir os efeitos mencionados nos incisos do art. 36, *caput*.

Destarte, coube ao Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE), autarquia federal competente para julgar os ilícitos concorrenciais, o protagonismo na delimitação dos contornos sobre o tema. Nesse sentido, o presente estudo teve por objetivo examinar a jurisprudência administrativa do Cade envolvendo abuso de posição dominante, visando destacar as controvérsias jurídicas mais relevantes e explicar como o Cade têm lidado com elas.

Para tanto, foram examinados vinte e dois julgamentos realizados pelo Tribunal do Cade, durante o período de 2009 a 2019, relativos a condutas unilaterais onde houve resolução de mérito, em sentido de condenação ou arquivamento, sendo desconsiderados os casos em que foi firmado termo de compromisso de cessação de prática por infração à ordem econômica.

Com efeito, o presente estudo apresenta, na parte 2, uma breve revisão de literatura sobre o abuso de posição dominante no Brasil. Na parte 3, descrevem-se, em linhas gerais, os principais precedentes do Cade sobre o tema, destacando-se os seus pontos jurídicos mais sensíveis. Na parte 4, realizou-se uma análise crítica da jurisprudência do Cade sobre o abuso de posição dominante. Por fim, na parte 5, as principais conclusões do estudo foram sintetizadas.

2. O ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NA LEI Nº 12.529/2011

O art. 170, IV, da CRFB/88, dispõe como princípio da ordem econômica e financeira a livre concorrência. Enquanto corolário da livre iniciativa, a livre concorrência traduz a escolha do Estado brasileiro pela economia de mercado. Nesse sentido, entende-se que a competição entre os agentes econômicos é capaz de produzir um maior bem-estar para a sociedade, em termos de menores preços e maior qualidade e quantidade de produtos e serviços. Portanto, como regra, o Estado deve se abster de substituir a regulação natural das forças do mercado, salvo diante de situações de ruptura das condições de livre concorrência ou para evitá-las (BARCELLOS, 2018, p. 439).

Com efeito, a Lei nº 12.529/2011 não reprova a conquista de mercado resultante do processo fundado na maior eficiência de um agente em relação aos seus competidores (BRASIL, 2011). Pelo contrário, entende-se que a busca por fatias cada vez maiores do mercado é natural e desejável, sob pena de arrefecimento da concorrência. Destarte, a situação fática estática de poder de mercado não é passí-

3 Art. 170, IV e art. 173, §4º.

vel de punição por si só (DRAGO, 2015, p. 141). No mesmo sentido, aduz Fábio Ulhoa Coelho:

O poder econômico, note-se, é um dado de fato inerente ao livre mercado. Se a organização da economia se pauta na liberdade de iniciativa e de competição, então os agentes econômicos são necessariamente desiguais, uns mais fortes que outros. Ou seja, conforme assentou Miguel Reale, o poder econômico não é em si ilícito, mas é o instrumento normal ou natural de produção e circulação de riquezas nas sociedades constitucionalmente organizadas em função do modelo da economia de mercado (em Franceschini-Franceschini, 1985:521). Ora, nem a Constituição nem a lei poderiam ignorar ou pretender a eliminação do poder econômico. O direito somente pode disciplinar o exercício desse poder, reprimindo iniciativas que comprometem as estruturas do livre mercado (COELHO, 2011, p. 219).

Na prática, competiria ao sistema de defesa da concorrência, por intermédio da Lei nº 12.529/2011, a definição dos parâmetros que caracterizaram a condição de abuso do poder econômico. Entretanto, a referida Lei não possui qualquer definição do que seria considerado abuso de posição de dominante, mas apresenta tão-somente um tipo aberto de condutas que, na medida em que sejam capazes de gerar os efeitos previstos nos incisos do art. 36, poderiam ser considerados como abuso de posição dominante. Forgioni (2016) sublinha que, nesse aspecto, nossa Lei de Defesa da Concorrência é peculiar. Quando a Lei nº 12.529/2011 aduz que constituem infração à ordem econômica os “atos sob qualquer forma manifestados” (BRASIL, 2011), ela está deliberadamente adotando uma sistemática aberta, de modo a abranger quaisquer condutas que possam causar efeitos deletérios à concorrência.

Essa técnica jurídica adotada pela nossa lei diverge da utilizada por outras jurisdições. O direito antitruste estadunidense, por exemplo, considera ilícito qualquer contrato, combinação sob a forma de truste ou qualquer forma, ou conspiração, para restringir o tráfico ou comércio entre os diversos Estado, ou com nações estrangeiras. Além disso, conforme a Seção 2 do Sherman Act, é proibida a dominação do mercado, bem como a tentativa de dominação. Portanto, diferentemente do sistema brasileiro, o direito antitruste estadunidense, no que concerne o controle de condutas, dispõe de dois suportes fáticos específicos: acordo e abuso.

Em sentido semelhante, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) proíbe, em seus arts. 101 e 102, os acordos que sejam suscetíveis de afetar o comércio ou que tenham por objetivo ou efeito restringi-lo, e o exercício abusivo de posição dominante.

Ainda dentro dos parâmetros diretivos do TFUE, o art. 102 evidencia a incompatibilidade do exercício da posição dominante no mercado interno e sua proibição diante da possibilidade de impacto no comércio entre Estados-Membros para, em seguida, elencar as práticas que podem vir a configurar o abuso, como a imposição de preços de compra e venda ou outras transações não equitativas, de forma direta ou indireta; a limitação da produção, distribuição ou desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; a aplicação de condições desiguais em prestações equivalentes a parceiros comerciais, de forma a gerar desvantagem na concorrência e a subordinação de prestações suplementares de natureza diversa ao objeto dos contratos que vier a celebrar. O sistema europeu, portanto, identifica a tipificação das práticas anticoncorrenciais do abuso de posição dominante em seu texto.

Isto posto, é possível afirmar que o sistema da lei brasileira é híbrido, porquanto aproveita o sistema de caracterização do ilícito pelo objeto, embora dispense a tipificação dos atos (FORGIONI, 2016, p. 136). Nesse sentido, diferentemente do que ocorre em outras jurisdições, não é necessário incorrer no esforço interpretativo de tentar enquadrar determinadas condutas às tipificações previstas no texto legal.

Com efeito, pelo sistema da ilicitude pelos efeitos previsto na Lei nº 12.529/2011, nenhuma conduta constituiu infração à ordem econômica se não atraem os efeitos – reais ou potenciais – do art. 36, quais sejam: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante (BRASIL, 2011).

Para dar concretude ao disposto na referida Lei, técnicas de interpretação, como a regra da razão foram adotadas, de forma que, cada caso pudesse ser examinado de forma mais aprofundada e individualizada. Por outro lado, há condutas que, por si só, prescindem de uma análise mais complexa, em razão da indubitável característica danosa de seu comportamento, o que é conhecido como a regra *per se*, que tem no ilícito do cartel seu maior exemplo. Conforme explica Figueiredo:

Outrossim, na análise de eventual infração anticompetitiva, mister se faz que as autoridades de defesa da concorrência não se atenham apenas à verificação da conduta per se, fazendo-se mister a verificação do dano ou eventual efeito danoso dessa conduta para o processo competitivo do respectivo nicho econômico mercadológico, estabelecendo-se, ainda, nexos de causalidade entre a conduta e a ameaça ou a lesão à ordem econômica para a devida manifestação da materialidade do fato sub judice. Fácil perceber que a verificação da infração é efetuada com base na regra da razão, não bastando comprovar que houve, tão somente, uma conduta desleal per se. Para tanto, é necessário averiguar se houve dano, efetivo ou potencial, ao mercado, bem como se tal prejuízo foi oriundo da infração sob investigação (FIGUEIREDO, 2014, p. 288).

Ao utilizar o método de interpretação definido pela regra da razão, o julgador consegue alcançar os efeitos anticompetitivos através de uma sequência de observações que contemplam a identificação de poder de mercado do agente investigado, sua capacidade e motivação para a prática da conduta, e, por fim, os efeitos decorrentes ou potenciais, levando-se em consideração pretextos que possam afastar a tipificação.

Em suma, dado que nossa legislação não pune o poder de mercado em si, mas o seu exercício abusivo, caracterizado pela possibilidade de a conduta praticada atrair os efeitos lesivos previstos nos incisos no art. 36, *caput*, da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011), o Cade é chamado a, em regra, diante das circunstâncias do caso concreto, sopesar os efeitos positivos e negativos das condutas por ele investigadas. É o que passaremos a examinar.

3. A JURISPRUDÊNCIA DO CADE ACERCA DO ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

Para analisar a jurisprudência do Cade acerca do abuso de posição dominante, o presente estudo analisou 22 precedentes, com o recorte temporal de 10 anos (2009-2019). Tais precedentes foram selecionados pelo fato de o Tribunal do Cade ter proferido decisão de mérito, portanto, não

foram levados em consideração processos encerrados com a assinatura de termo de compromisso de cessação ou arquivamento sem exame substancial pelo Cade.

O primeiro precedente que merece atenção é o caso “Tô Contigo”. Em 22/07/2009 o Tribunal do Cade considerou o programa “Tô Contigo” anticoncorrencial, condenando a AmBev por infração à ordem econômica, nos termos da Lei nº 8.884/1994, art. 20, I e IV e art. 21, IV, V e VI (BRASIL, 2009). Trata-se de um dos precedentes mais importantes sobre abuso de posição dominante, sendo frequentemente citado pelo próprio Cade em julgados posteriores.

Em síntese, o referido programa funcionava da seguinte maneira: era concedido um ponto para cada caixa de 24 unidades das principais marcas da AmBev adquirida pelos pontos de venda participantes e esses pontos poderiam ser acumulados e trocados por prêmios listados em um catálogo que integrava o material do programa. Em contrapartida, os pontos de venda precisavam assinar um termo de compromisso no qual se comprometiam a dar exclusividade total às cervejas produzidas pela AmBev, bem como ao seu *merchandising*.

Conforme o voto proferido pelo relator Conselheiro Fernando Magalhães Furlan, a análise partiu da definição do mercado relevante relativo às práticas sob investigação, tendo sido ele definido como o de cerveja no âmbito geográfico regional. Em seguida, o Conselheiro teceu considerações sobre as características desse mercado, identificando significativas barreiras à entrada, constituídas principalmente pelo binômio “marca-distribuição”. Nesse sentido, a dinâmica concorrencial é marcada por fortes estratégias de diferenciação do produto, refletidas em expressivos gastos com propaganda, objetivando conquistar a preferência do consumidor e criar uma fidelidade à marca. Ao mesmo tempo, a rede de distribuição é outro fator que dificulta a entrada, já que é necessário ter acesso aos canais de distribuição tradicional e bar. Posteriormente, ficou evidenciado que a AmBev possuía liderança absoluta nos mercados em questão, evidenciada por um *market share* agregado de 69,3%, por sua dimensão econômica, por seu controle sobre redes de distribuição e pontos de venda, bem como por sua forte marca. Tudo isso deixaria claro o seu poder de mercado.

Além disso, o processo foi marcado por uma extensa instrução. O Cade, no exercício de seu poder de polícia, determinou inspeção na sede da AmBev. Ainda, foi encomendada uma pesquisa do Ibope visando entender a percepção que os pontos de venda tinham do programa “Tô Contigo”. Também foi realizada uma pesquisa de campo no Distrito Federal e em São Paulo, entrevistando os pontos de venda. Por conta disso, o relator precisou enfrentar diversos argumentos preliminares ao mérito, como a alegação de saneamento do feito antes da inspeção, inadequação da inspeção como meio de prova, proporcionalidade do meio de prova, ofensa a direitos fundamentais de defesa da AmBev, transgressão aos limites do poder de polícia e incapacidade probatória dos documentos obtidos na inspeção. Em suma, muito se discutiu sobre a observância do devido processo legal no referido processo administrativo, tendo sido rejeitadas todas estas preliminares.

Posteriormente, após uma digressão acerca da experiência estadunidense e europeia sobre a prática, foram avaliados os efeitos econômicos da conduta. De um lado, conclui-se que a exclusividade de vendas poderia ter por consequência uma elevação dos preços ou, até mesmo, a saída de um rival eficiente. Por outro lado, não foram encontradas eficiências econômicas decorrentes do programa, não havendo, portanto, justificativas para a exigência de exclusividade. Tampouco foram trazidas aos autos pela AmBev, segundo o relator, eventuais eficiências geradas pela conduta.

Por fim, o relator passou a capitular a conduta aos ditames da Lei nº 8.884/1994 (BRASIL, 1994). Interpretou-se que a Lei pune a potencialidade de efeitos previstos nos incisos do art. 20, mesmo que estes não sejam produzidos. Ademais, analisando a expressão “independente de culpa”, concluiu-se que a responsabilidade em questão é objetiva. Como a AmBev detém, nessa linha, posição dominante, está ela proibida de praticar condutas que constituam abuso, sob pena de violar o inciso IV do art. 20 da referida Lei. Ficou esclarecido ainda que a ação empresarial ultrapassou a esfera privada e ingressou na esfera dos interesses difusos, em prejuízo à concorrência. Assim, foi aplicada multa pecuniária, sanção de publicação do extrato da decisão em jornal de grande circulação e inscrição no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor.

No recorte temporal do presente estudo, o Cade também teve a oportunidade de julgar alguns casos envolvendo a prática denominada *sham litigation* ou abuso de direito de petição na seara jusconcorrencial. Destacam-se os casos Box 3 (BRASIL, 2010), Eli Lilly (BRASIL, 2015) e Anfape (BRASIL, 2018). Nesses precedentes discutiu-se a possibilidade da utilização abusiva dos direitos de propriedade intelectual e seus efeitos concorrenciais. No primeiro caso houve condenação por unanimidade, considerando que a conduta da Box 3 de ingressar com diversas ações judiciais, baseadas num frágil argumento de que teria exclusividade sobre programas televisivos de venda, em linguagem descontraída, teria causado danos efetivos à concorrência. O relator Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho ponderou que, sob o prisma do *standard* de provas, tem-se uma estrutura dual nas lides concorrenciais: para que exista uma infração, ou se prova, independentemente de culpa, que existe um risco de produção de efeitos anticoncorrenciais ou se prova que a parte tinha por objetivo causar efeitos concorrenciais, o que se verificou no caso.

Similarmente, no caso Eli Lilly, esta companhia farmacêutica foi acusada de impor barreiras artificiais à concorrência por meio do ajuizamento de múltiplas ações judiciais em face de instituições públicas diversas (INPI e ANVISA), em comarcas diferentes (Rio de Janeiro e Distrito Federal), visando à obtenção de indevida exclusividade na comercialização do medicamento cloridrato de gencitabina – utilizado para o tratamento de câncer –, em prejuízo de seus potenciais concorrentes. Tomando emprestado conceitos da jurisprudência estadunidense, sobretudo do caso *Professional Real Estate (PRE) Investors v. Columbia Pictures Industries*, concluiu-se que o *sham litigation* é caracterizado por dois requisitos: um objetivo (o descabimento do processo) e um subjetivo (a intenção da parte autora de agir estrategicamente sobre a concorrência). Além disso, o caso reafirma a inexigibilidade de culpa subjetiva para configuração do ilícito antitruste, bem como afasta a necessidade de verificação de poder de mercado no contexto de *sham litigation*, uma vez que o sucesso da conduta seria considerado suficiente para afastar os concorrentes do mercado, como aconteceu no caso concreto.

Já no caso Anfape, o Cade optou por arquivar o processo. Nessa demanda, o Cade investigou se houve abuso de direito pelas montadoras Volkswagen, Fiat e Ford ao exercerem direitos de exclusividade decorrentes de desenhos industriais de autopeças de reposição. Conforme o voto vencedor, as provas apresentadas não seriam suficientes para comprovar abuso dos direitos de propriedade industrial. Na ocasião, o Cade ainda reconheceu a flexibilidade do rol de condutas previstas nos incisos do art. 21, da Lei nº 8.884/1994 (BRASIL, 1994).

Não se pode deixar de mencionar também o caso SKF (BRASIL, 2013)⁴, em que se discutia a licitude da fixação de preços de revenda (restrição vertical). O julgamento ficou marcado por um tratamento rígido à conduta mencionada, tendo sido considerado inclusive a possibilidade de infração concorrencial por agentes econômicos sem poder de mercado⁵. O Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo afirmou que a Lei nº 12.529/2011 definiu dois tipos de infração à ordem econômica: (i) os que tenham por objeto quaisquer das condutas tipificadas em seus incisos, entre as quais a de limitar ou prejudicar a concorrência, que mais importa ao caso em análise; e (ii) os que, mesmo não tendo tal escopo em seu objeto, podem tê-lo, direta ou indiretamente, em seus efeitos⁶.

Outro caso que merece destaque diz respeito à conduta de imposição de cláusula de raio em contratos de locação de espaços para lojas em shopping centers da cidade de Porto Alegre (BRASIL, 2016). Esse tipo de cláusula estabelece a proibição ao lojista locatário de ter/abrir/instalar/constituir/manter qualquer outro estabelecimento/empresa congênere ou similar (sede, filial, etc.) dedicado ao mesmo ramo de atividade a ser por ele exercido na loja comercial ou salão alugados no shopping (locador), ou qualquer outro estabelecimento com o mesmo nome; feito ou ramo iguais ou assemelhados, independentemente da duração dessa restrição contratual.

É digno de destaque que o relator afirmou expressamente que existem inúmeras formas de avaliar o poder de mercado, dentre as quais a mensuração de participação de mercado, o que não impede que o julgador aplique metodologias distintas para firmar sua convicção. Nesse sentido, o poder de mercado restou demonstrado pela: imposição de contrato de locação; restrição geográfica como imposição unilateral; impossibilidade de vigência ilimitada da cláusula de raio; objeto amplo da cláusula; relação assimétrica entre shoppings e lojistas; e imposição de multa.

Por fim, não se deixou de analisar os efeitos concorrências positivos e negativos envolvendo a cláusula de raio. Entendeu-se que cláusula passou de “lei entre as partes” para se tornar “lei para o mercado”, o que configura regulação privada proibida pela legislação brasileira de defesa da concorrência. Esse é mais um aspecto negativo que deve ser levado em consideração para a análise dos efeitos líquidos da cláusula de raio imposta pelos representados aos lojistas de Porto Alegre.

Ainda, em diversos precedentes o Cade precisou lidar com setores regulados⁷. Nesses casos, em que o Cade precisou lidar com entes setoriais como a ANATEL, ANTAQ, ANP e BCB, restou consolidado o entendimento de que não há conflito de competência administrativo, uma vez que o Cade

4 Sobre esse caso, cf. SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves da. A falácia das infrações por objeto e suas consequências para a perseguição de condutas unilaterais. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 69-107, maio 2019.

5 “Deste modo, agentes com baixa participação de mercado, às vezes, podem infligir dano concorrencial, sim. Não parece ser impossível - do ponto de vista teórico - que agentes menores criem barreiras de entrada artificiais, via óbices formais e materiais ao desenvolvimento de concorrentes com elevada participação de mercado, pelas mais diversificadas estratégias de elevação de custos dos rivais” (página 44 do Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44).

6 Item 155 do voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44.

7 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.003918/2005-04**. Representantes: SDE ex Ofício. Representados: Telemar Norte Leste S/A. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, 2015; BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.005422/2003-03**. Representantes: Transportadora Simas Ltda. e Multi Armazéns Ltda. Representados: Tecon Rio Grande S.A. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, 2016; BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84**. Representantes: Ministério Público Federal – Bahia. Representados: Intermarítma Terminais Ltda. e Tecon Salvador S/A. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, 2016.

deveria se ater sempre aos efeitos concorrenciais das condutas, cabendo às agências reguladoras o exame relativo às preocupações específicas de seus respectivos setores econômicos.

Também dentro do recorte deste trabalho, há a análise de condutas unilaterais nos casos envolvendo economia digital, onde o Google aparece como parte representada⁸. A economia digital possui a especificidade de operar em mercados com características diversas aos demais casos apresentados. Aqui encontram-se aspectos que merecem destaque, como o efeito em rede, que está relacionado às plataformas e a importância dos dados no meio digital, como ativo de imensa relevância.

O caso Google Shopping resultou em arquivamento em razão da falta de comprovação das condutas imputadas ao representado, com ressalva do voto divergente dos conselheiros Paulo Burnier e João Paulo de Resende, que entenderam que a mera potencialidade do dano seria suficiente para configurar uma violação à ordem econômica.

Em síntese, o representado estaria utilizando seu posicionamento privilegiado para aparecer nos primeiros resultados nas buscas orgânicas do site do Google, o que estaria afetando os concorrentes por perderem audiência, cliques e receita e resultando em preços maiores aos consumidores finais.

Foram delimitados dois mercados relevantes em relação à perspectiva do produto, o mercado de buscadores genéricos e o mercado de busca temática, enquanto que no aspecto geográfico foi balizado a nível nacional. Merece destaque o critério da definição do *market share* neste cenário, ainda que seja possível a conclusão pela existência de posição dominante em razão do Google ter participação superior a 90%, o critério de participação no mercado para presunção da posição dominante não é ideal quando se trata de uma plataforma de buscas, pois o produto não é físico, mas sim imaterial, que são os dados, figurados como informações. Assim, fixou-se o critério da aferição de poder de mercado de buscadores se o agente teria a possibilidade de piorar a qualidade de seu serviço sem que isso lhe cause prejuízo. Embora o poder de mercado do representado tenha sido identificado, careceram provas em relação aos efeitos danosos.

Outro caso envolvendo o Google está vinculado a prática de *scraping* (BRASIL, 2019), ou seja, a apropriação do conteúdo de um site em benefício de seu próprio, também chamada de raspagem. Da mesma forma que no caso anterior, os mercados relevantes foram o mercado de buscadores genéricos e o mercado de busca temática em perspectiva nacional. Também o poder de mercado foi identificado, todavia, o objeto de denúncia, neste caso, representou um conteúdo limitado que foi imediatamente retirado do ar pela representada e a publicação ocorreu na versão estrangeira do site da Google, de forma que, um único caso isolado da prática não configuraria o abuso, exemplificando a análise dos efeitos à luz da regra da razão, resultando também no arquivamento do caso.

Por fim, o último caso destacado envolvendo o Google (BRASIL, 2019) refere-se a suposta conduta de

8 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94**. Representantes: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Brasil Internet Ltda. e E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Relator: Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, 2019; BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19**. Representantes: CADE ex officio. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Relator: Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, 2019; e BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03**. Representantes: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Relator: Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova, 2019.

multihoming, onde haveria restrição da capacidade dos anunciantes de utilizar as plataformas de busca patrocinadas de concorrentes. O caso foi arquivado no entendimento de que os usuários não são impactados em sua capacidade de decisão ao utilizarem mais de uma plataforma em campanhas publicitárias. Nesse contexto, a própria prática da conduta que não demonstrou os indicativos de ter causado efeitos anticompetitivos.

4. SÍNTESE DA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Como é possível observar, nos últimos 10 anos, o Cade vem construindo bases para a análise do abuso de posição de dominante. Inicialmente, fica evidente a impossibilidade prática de criar fórmulas abrangentes para solucionar todos os casos envolvendo condutas unilaterais. Por outro lado, seria errôneo, atualmente, afirmar que a atenção das autoridades encarregadas da aplicação do direito antitruste para esse ramo do direito concorrencial é escassa e que não parece haver preocupação em compreender sistematicamente o significado econômico-jurídico dos comportamentos anticoncorrenciais (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 383). De todo modo, pode-se extrair algumas considerações importantes sobre o abuso de posição dominante.

Em primeiro lugar, destaca-se a proeminência da utilização de argumentos econômicos associados à Escola de Chicago, embora nem sempre de maneira impecável⁹. De outro lado, pouco se comenta sobre os pressupostos da Escola Estruturalista de Harvard, segundo a qual a conduta dos agentes econômicos está diretamente ligada à estrutura do mercado¹⁰. Ainda assim, não é possível descartar que alguns casos, embora não mencionem isso diretamente, utilizam argumentos baseados no trinômio estrutura-conduta-desempenho. Ao mesmo tempo, não se verificou expressiva utilização dos conceitos desenvolvidos pela Escola pós-Chicago¹¹. Portanto, não foram empregadas largamente noções conectadas à teoria dos mercados contestáveis, teoria dos jogos e os matizes da nova economia institucional.

Focando na interpretação do art. 36 da Lei nº 12.529/2011, constata-se que há entendimento pacífico no sentido de que o rol de condutas descritas nos incisos do § 3º é exemplificativo. Assim, a prática de condutas não previstas nesse rol não afasta a possibilidade de que ela possa ser considerada anticompetitiva. Como explica Ana Frazão

Com efeito, o mero fato de um agente econômico praticar um dos atos descritos na lei não significa que tenha havido infração à ordem econômica, pois, ausentes os efeitos reais ou potenciais descritos no caput, não há que se cogitar ilícito antitruste, ainda que a conduta possa ser considerada ilícita.

9 Conforme leciona Salomão Filho: “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” (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 39). Para uma visão mais aprofundada sobre a evolução da Escola de Chicago, ver Posner (1979).

10 Sobre Escola de Harvard e embates com a Escola de Chicago, cf. Forgioni (2016, p. 170-185).

11 Sobre Pós-Chicago cf. Salomão Filho (2013, p. 384-399).

ta do ponto de vista do direito privado. Por outro lado, práticas que não estejam expressamente previstas no § 3º do art. 36 poderão ser consideradas infrações à ordem econômica caso seja demonstrada sua potencialidade lesiva sobre a livre concorrência (FRAZÃO, 2017, p. 256).

Ainda sobre o art. 36, o Cade também parece ter uma jurisprudência consolidada no sentido de que a expressão “independentemente de culpa” significa dizer que a responsabilidade por ilícitos concorrenciais é objetiva. Nesse sentido, como explica Caio Mário da Silva Pereira Neto, constata-se uma irrelevância dos elementos volitivos para caracterização do ilícito, ou seja, não haveria necessidade de avaliar as eventuais intenções dos agentes envolvidos, salvo quando se tratam de pessoas físicas, cuja responsabilidade subjetiva é expressamente prevista na Lei (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 99-100).

Sobre esse tema, Ana Frazão apresenta crítica contundente no sentido de que a expressão “independentemente de culpa” não exclui a necessidade de a autoridade antitruste analisar, no caso concreto, a reprovabilidade da conduta, isto é, da chamada culpa normativa. *In verbis*:

[...] considerando que a infração antitruste apresenta tipicidade aberta e ainda pode ser uma infração de perigo – já que não precisa ter produzido efeitos –, unir tais aspectos a uma responsabilidade sem reprovabilidade seria conferir à autoridade antitruste um poder punitivo desmesurado e ininteligível, dando margem ao arbítrio. Dessa maneira, há apenas duas formas de se interpretar a expressão ‘independentemente de culpa’, em conformidade com os princípios constitucionais inerentes ao Direito Administrativo Sancionador: ou se entende que poderia haver responsabilidade objetiva para outros fins que não a punição – como a imediata cessação da conduta –, ou se entende que, ao assim prever, a Lei Antitruste afasta a necessidade de comprovação da culpa – vista sob o aspecto psicológico, normalmente vinculado à cognoscibilidade, previsibilidade e estabilidade dos efeitos da conduta –, mas não a demonstração da reprovabilidade da conduta, ou seja, da chamada ‘culpa normativa’ (FRAZÃO, 2017, p. 263).

No tocante ao método de observação e definição do poder de mercado, embora a Lei traga um critério abstrato (20% ou mais do controle do mercado relevante) e um critério concreto (avaliação do agente para verificar se ele é capaz de alterar de forma unilateral ou coordenadamente as condições do mercado), verifica-se que, dependendo do mercado em análise, a aferição do poder de mercado baseia-se primordialmente no critério concreto e não no *market share*. Há prevalência na definição do poder de mercado a partir da influência do agente no mercado, ainda que este possua baixa participação. Outros casos ainda destacam a possibilidade de utilização de critérios variados para caracterizar a presunção de poder de mercado.

Quanto ao método de interpretação utilizado pelo Cade, prevalece a regra da razão, que orienta o exame dos efeitos anticompetitivos produzidos por determinada conduta. Assim, é realizada uma sequência de verificações em cada caso, partindo-se da delimitação do poder de mercado, a partir dos critérios expostos acima, considerando as especificidades do mercado em questão. Em seguida, busca-se enxergar a capacidade e incentivo do agente em praticar a conduta supostamente anticompetitiva. Por fim, são examinados os efeitos desta conduta, se potenciais ou efetivos. Em alguns casos, a mera potencialidade dos efeitos afastou a tipificação da conduta e em outros a man-

teve. Ainda assim, existe certa cacofonia entre os conceitos de regra da razão, ilícito *per se*, ilícito por objeto e ilícito por efeitos. Nesse sentido, é preciso continuar acompanhando o desenvolvimento da jurisprudência sobre esses temas.

CONCLUSÕES

Como foi possível verificar ao longo do texto, a relevância a luta por parcelas maiores de mercado não é algo indesejado pelo nosso sistema constitucional, pelo contrário. Entretanto, o abuso de uma posição econômica de proeminência que causem efeitos deletérios para o mercado é veemente reprimido. Contudo, a Lei nº 12.529/2011 não chega a definir diretamente o conceito de abuso de posição dominante, de modo que jurisprudência do Cade é demandada para traçar os seus contornos em cada caso concreto.

Ao se propor a contribuir para elucidação da jurisprudência do Cade sobre o tema, o presente estudo examinou diversos presentes no período de 2009 a 2019. Essa análise permitiu apontar os principais assuntos discutidos em âmbito administrativo nos casos envolvendo condutas unilaterais anticompetitivas.

Em síntese, pode-se concluir que:

- diferentemente do que se afirmava doutrinariamente durante a vigência da Lei nº 8.884/94, já é possível afirmar que existe uma jurisprudência administrativa sobre abuso de posição dominante, uma vez que o Cade teve a oportunidade de julgar o mérito de diversas condutas ao longo de 2009 a 2019;
- argumentos de ordem econômica majoritariamente ligados à Escola de Chicago contribuem sobremaneira para formação do convencimento do Cade no exame de casos envolvendo o abuso de posição dominante;
- o rol previsto no § 3º do art. 36 da Lei nº 12.529/2011 é exemplificativo;
- a expressão “independentemente de culpa”, encontrada no caput do art. 36 da Lei nº 12.529/2011, indica que a responsabilidade por ilícitos concorrenciais é objetiva;
- o poder de mercado, a depender das circunstâncias do caso concreto, pode ser aferido de diversas maneiras, de modo que o parâmetro de 20% de parcela de mercado, indicada no § 2º do art. 36 da Lei nº 12.529/2011, é relativizada, para mais ou para menos;
- a instrução nos processos administrativos envolvendo condutas unilaterais é extremamente exigente, o que dificulta a imputação de responsabilidade concorrencial nesses casos; e
- prevalece a utilização da regra da razão na análise de abuso de posição dominante, de modo que o Cade pondera os efeitos positivos e negativos de cada conduta para chegar a uma análise de mérito.

BIBLIOGRAFIA

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10**. Representantes: Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A. Representados: Companhia de Bebidas das Américas – Ambev. Relator: Conselheiro Fernando Magalhães Furlan, 2009.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.004283/2000-40**. Representantes: Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados. Representados: Léo Produções e Publicidade Ltda. e Box 3 Vídeo e Publicidade Ltda. Relator: Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, 2010.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91**. Representantes: Associação Brasileiras das Indústrias de Medicamentos Genéricos - Pró Genéricos. Representados: Eli Lilly and Company e Eli Lilly do Brasil Ltda. Conselheira Ana Frazão, 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51**. Representantes: Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças – ANFAPE. Representados: Ford Motor Company Brasil Ltda., Fiat Automóveis S.A. e Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44**. Representantes: PROCON / SP. Representados: SKF do Brasil Ltda. Relator: Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, 2013.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.012740/2007-46**. Representantes: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Representados: Isdralit Indústria e Comércio Ltda., Bourbon Administração Comércio e Empreendimentos Imobiliários Ltda., Companhia Zaffari Comércio e Indústria, Mercúrio S/A Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários, Nacional Iguatemi Administração Ltda., Condomínio Civil do Shopping Center Praia de Belas, Iguatemi Empresa de Shopping Centers, Administradora Gaúcha de Shopping Centers S/C Ltda. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.003918/2005-04**. Representantes: SDE ex Oofício. Representados: Telemar Norte Leste S/A. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, 2015.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.005422/2003-03**. Representantes: Transportadora Simas Ltda. e Multi Armazéns Ltda. Representados: Tecon Rio Grande S.A. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.003824/2002-84**. Representantes: Ministério Público Federal – Bahia. Representados: Intermarítma Terminais Ltda. e Tecon Salvador S/A. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94**. Representantes: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Brasil Internet Ltda. e E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Relator: Conselheiro

Mauricio Oscar Bandeira Maia, 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19**. Representantes: CADE ex officio. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Relator: Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03**. Representantes: E-Commerce Média Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Relator: Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova, 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. 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: Presidência da República, 1994.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**: direito de empresa. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

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

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FORGIONI, Ana Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

POSNER, Richard A. The Chicago School of antitrust analysis. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 127, n. 4, 1979.

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

SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves da. A falácia das infrações por objeto e suas consequências para a persecução de condutas unilaterais. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 69-107, maio 2019.