

2021
JUNHO

VOLUME 9
NÚMERO 1
ISSN 2318-2253

REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO CADE

REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Volume 9 – Junho 2021 – ISSN 2318-2253

Periodicidade semestral

Revista do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, CADE, Brasília, DF.

CONSELHO EDITORIAL

Amanda Athayde Linhares Martins, UnB, Brasília, Brasil.

Amanda Flávio de Oliveira, UnB, Brasília, Brasil.

Ana de Oliveira Frazão, UnB, Brasília, Brasil.

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, FGV, Rio de Janeiro, Brasil.

Celso Fernandes Campilongo, USP, São Paulo, Brasil.

Dênis Alves Guimarães, UCB, Brasília, Brasil.

Diogo R. Coutinho, USP, São Paulo, Brasil.

Edmond Schlumberger, Université Paris 8, Paris, França.

Eduardo Molan Gaban, PUC, São Paulo, Brasil.

Eleanor Fox, NYU, Nova York, Estados Unidos da América.

Gesner José de Oliveira Filho, FGV, São Paulo, Brasil.

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, FGV, Brasília, Brasil.

Guilherme Ribas USP, São Paulo, Brasil.

Ivo Gico Junior, UniCeUB, Brasília, Brasil.

Laurence Idot, University Paris II Panthéon-Assas, Paris, França.

Leonardo Peixoto Leal, UNIFOR, Ceará, Brasil.

Leonor Cordovil, São Paulo, Brasil.

Marcio de Oliveira Júnior, UnB, Brasília, Brasil.

Marcos Vinícius Torres, UFRJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Paulo Burnier da Silveira, UnB, Brasília, Brasil.

Paulo Furquim de Azevedo, INSPER, São Paulo, Brasil.

Saulo Bichara Mendonça, UFF, Rio de Janeiro, Brasil.

Vinicius Marques de Carvalho, USP, São Paulo, Brasil.

William Kovacic, Columbia University, Columbia, Estados Unidos da América.

EDITOR-CHEFE

Luis Henrique Bertolino Braidó: doutor em Economia pela Universidade de Chicago, mestre em Economia pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e pela Universidade de Chicago e graduado em Economia

pela Universidade de São Paulo. É professor associado da FGV, na Escola de Pós-graduação em Economia e Finanças. É Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Braulio Cavalcanti Ferreira

Caio Carvalho Correia Barros

Déborah Lins e Nóbrega

Iara do Espírito Santo

Keila de Sousa Ferreira

Paulo Eduardo Silva de Oliveira

CORRESPONDÊNCIA REDATORIAL

Revista de Defesa da Concorrência

SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Carlos Taurisano

CEP 70770-504 – Brasília, DF

E-mail: revista@cade.gov.br

Site: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia>

PARECERISTAS

Adriano Camargo Gomes, USP, São Paulo, Brasil.

Alexandre Ditzel Faraco, UFPR, Curitiba, Brasil.

Alexandre Santos de Aragão, UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Amanda Athayde Linhares Martins, UNB, Brasília, Brasil.

Amanda Flávio de Oliveira, UNB, Brasília, Brasil.

Ana de Oliveira Frazão, UNB, Brasília, Brasil.

Anna Binotto, USP, São Paulo, Brasil.

Ananda Portes Souza, UFMG, Belo Horizonte, Brasil.

Andrea Moreira da Fonseca Boechat, UEM, Maringá, Brasil.

Arthur Villamil Martins, UFMG, Belo Horizonte, Brasil.

Beatriz Malerba Cravo, FGV, São Paulo, Brasil.

Bernardo Macedo, Unicamp, Campinas, Brasil.

Bruno de Castro, UFMG, Belo Horizonte, Brasil.

Caio Mário Pereira Neto, USP, São Paulo, Brasil.

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, FGV, Rio de Janeiro, Brasil.

Carolina Saito da Costa, USP, São Paulo, Brasil.

Celso Fernandes Campilongo, USP, São Paulo, Brasil.

Daniel Boson, UniCeUB, Brasília, Brasil.

Daniel Favoreto Rocha, FGV, São Paulo, Brasil.

Dênis Alves Guimarães, UCB, Brasília, Brasil.

Denise Junqueira, NYU Law School, Nova York, EUA.

Diogo R. Coutinho, USP, São Paulo, Brasil.

Eduardo Jordão Vieira, FGV, Rio de Janeiro, Brasil.

Eduardo Molan Gaban, PUC, São Paulo, Brasil.

Eduardo Nunes Sousa, UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Elvino Carvalho Mendonça, UNB, Brasília, Brasil.

Eric Hadmann Jasper, UNB, Brasília, Brasil.

Felipe Comarela Milanez, UFOP, Ouro Preto, Brasil.

Fernanda Garibaldi, USP, São Paulo, Brasil.

Fernando Amorim, UNB, Brasília, Brasil.

Fernando de Magalhães Furlan, UNB, Brasília, Brasil.

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, FGV, Brasília, Brasil.

Guilherme Ribas, USP, São Paulo, Brasil.

Guilherme Teno Castilho Misale, USP, São Paulo, Brasil.

Humbero Cunha dos Santos, USP, São Paulo, Brasil.

Ivo Teixeira Gico Júnior, UniCeUB, Brasília, Brasil.

Juliana Maia Daniel Pinheiro, Sciences Po, Paris, França.

Leonor Cordovil, USP, São Paulo, Brasil

Lilian Manoela Monteiro Cintra de Melo, USP, São Paulo, Brasil.

Lucas Campio Pinha, UFRRJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Luís Alberto da Costa Araujo, PUC, Belo Horizonte, Brasil.

Luis Henrique Bortolai, UniMETROCAMP, Campinas, São Paulo.

Luis Nagalli, NYU Law School, Nova York, EUA.

Marcelo Calliari, USP, São Paulo, Brasil.

Marcio de Oliveira Júnior, UNB, Brasília, Brasil.

Marcos Vinícius Torres, UFRJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Maria Cecília Andrade, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal.

Maria Fernanda Caporale Madi, Erasmos University, Rotterdam, Holanda.

Mônica Tiemy Fujmoto, UNB, Brasília, Brasil.

Oswaldo Agripino, UFSC, Florianópolis, Brasil.

Otoni Ferreira Filho de Oliveira, FGV, São Paulo, Brasil.

Paula Forgioni, USP, São Paulo, Brasil.

Paulo Leonardo Casagrande, USP, São Paulo, Brasil.

Pedro Florêncio, IBMEB, Brasília, Brasil.
Priscila Brolio Goncalves, USP, São Paulo, Brasil.
Raphael Chaia, UniDBSCO, Curitiba, Paraná.
Raquel Santana, UFSC, Florianópolis, Brasil.
Renata Oliveira, UFRN, Natal, Brasil.
Ricardo Pastore, FGV, São Paulo, Brasil.
Sérgio Goldbayn, FGV, São Paulo, Brasil.
Sílvia Fagá de Almeida, FGV, São Paulo, Brasil.
Tainá Leandro, UNB, Brasília, Brasil.
Vicente Bagnoli, Mackenzie, São Paulo, Brasil.
Vinicius Marques de Carvalho, USP, São Paulo, Brasil.
Vivian Terng, USP, São Paulo, Brasil.
Waleska Monteiro, UFG, Goiás, Brasil.

SUMÁRIO

Apresentação	7
Aumento abusivo de preços e o combate à Covid-19: uma análise do artigo 11 do Decreto nº 40.939 de 02 de julho de 2020 à luz do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência	8
A participação de terceiros no contencioso do controle de concentrações: uma sistematização dos casos brasileiros à luz da experiência da União europeia e da França	29
(Título Retirado)	44
A fusão entre as empresas Casas Bahia e Ponto Frio: efetividade e celeridade da análise pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e evolução legislativa	60
Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais	82
Condenações da Google pela aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia	104
Concorrência bancária e o <i>Open Banking</i> no Brasil	125
Arbitragem e direito concorrencial: ordem pública, confidencialidade e atuação dos árbitros	148
Acesso a documentos de acordos de leniência antitruste para fins de <i>private enforcement</i> no brasil e na união europeia	172

APRESENTAÇÃO

A Revista de Defesa da Concorrência (RDC) chega a sua 17ª edição contemplando temas caros à defesa da concorrência e enriquecendo o debate científico nesse campo. Junto ao lançamento desta edição, disponibilizamos, em nova página, o conteúdo da Revista de Direito da Concorrência, periódico editado pelo Cade entre 2004 e 2011. Acreditamos que esse novo formato de divulgação facilitará bastante o acesso às análises publicadas na antiga revista.

Sempre importante lembrar que a sedimentação da RDC como locus de debate qualificado não seria possível sem os pesquisadores que, de diversas partes do Brasil e do mundo, têm nos prestigiado com seus trabalhos. Destaca-se, também, o papel fundamental dos avaliadores, que têm proferido rigorosos pareceres, garantindo o fluxo editorial e a qualidade dos artigos veiculados.

Infelizmente, ainda passamos pela crise sanitária decorrente do COVID-19. Ao passo que deferimos nossos sentimentos àqueles que vivenciaram de perto essa doença, persistimos com a publicação da RDC, certos da importância da produção científica para o entendimento da atual crise e para remediar seus impactos.

Nesse sentido, iniciamos esta edição com trabalho que aborda legislação de enfrentamento ao aumento abuso de preços durante a crise da COVID-19. Em seguida, debatemos a participação de terceiros na esfera administrativa do controle de concentrações, comparando casos brasileiros e europeus. (Trecho retirado. Vide Página 44).

A publicação segue com uma análise sobre a efetividade e a celeridade do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência na fusão entre Casas Bahia e Ponto Frio. Continuamos com trabalho a respeito da aplicação de teorias do dano concorrencial às plataformas digitais. Adiante, apresentamos o sexto artigo, que analisa a aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia aos casos envolvendo a Google. Ainda, discorreremos sobre os possíveis efeitos do *open banking* no mercado brasileiro. O oitavo artigo busca compreender a compatibilidade entre a arbitragem e o direito concorrencial. Por fim, o nono artigo discute o acesso a documentos derivados de acordos de leniência antitruste, para fins de propositura de ações de reparação de danos.

Desejamos a todos uma boa leitura!

Alexandre Barreto de Souza

Presidente do Cade

Luis Henrique B. Braido

Editor-chefe da RDC

AUMENTO ABUSIVO DE PREÇOS E O COMBATE À COVID-19: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 11 DO DECRETO N° 40.939 DE 02 DE JULHO DE 2020¹ À LUZ DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Excessive Pricing and the Fight Against Covid-19: an analysis of Article 11 of Decree No. 40,939 of July 2, 2020 in light of the Brazilian Competition Defense System

Beatriz de Mattos Queiroz²

Dario da Silva Oliveira Neto³

RESUMO

Diante da pandemia de COVID-19, o Governo do Distrito Federal expediu o Decreto nº 40.939/2020 com medidas para a prevenção e contenção do vírus. Este trabalho se propõe a analisar o artigo 11 do referido Decreto, segundo o qual será considerado abuso de poder econômico a elevação de preços, sem justa causa, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os preços dos insumos e serviços relacionados ao enfrentamento do COVID-19. Assim, o objetivo desta pesquisa é entender, sob as lentes do Direito Concorrencial, (i) a competência para a decisão sobre a existência de infração à ordem

1 Ao tempo da elaboração deste artigo, o Decreto em vigor era o de nº 40.939 de 02 de julho de 2020. Todavia, no período de revisão do trabalho para a sua publicação, após a sua submissão, o referido Decreto foi revogado pelo de nº 41.849, de 27 de fevereiro de 2021, cujo art. 8º traz a mesma redação do art. 11 do Decreto nº 40.939 de 02 de julho de 2020, aqui referido. O Decreto atualmente em vigor é o de nº 41.992 de 14 de abril de 2021, mantendo a mesma redação do art. 8º do Decreto nº 41.849, de 27 de fevereiro de 2021, sem prejuízo de eventuais atualizações até o tempo da publicação deste trabalho. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=412590>. Acesso em: 19 abr. 2021.

2 Bacharela em direito pela Universidade Federal da Bahia (2018). Aluna do Programa de Intercâmbio do Cade (2018). Ex-Analista na Superintendência-Geral do Cade (2019-2021). Atualmente advogada associada a Machado Meyer Advogados. E-mail: biamttqueiroz@gmail.com

3 Mestre em Desenvolvimento Econômico com ênfase em Economia Regional pela PUCRS (2020). Bacharel em Ciências Econômicas com o prêmio distinção de mérito pela PUCRS (2017). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais com láurea acadêmica pela UFRGS (2019). Cursando os cursos de Especialização em Direito Empresarial pela PUCRS e em Direito Econômico e Defesa da Concorrência pela FGV. Assistente Técnico do Gabinete da Superintendência-Geral do Cade, Advogado e Economista. E-mail: dariooliveiraneto@hotmail.com

econômica e (ii) em que medida o aumento abusivo de preços é uma ofensa à livre concorrência e uma infração à ordem econômica.

Palavras-chave: Direito Concorrencial; COVID-19; Intervenção estatal; Abuso de poder econômico.; Aumento abusivo de preços.

ABSTRACT

In the face of the COVID-19 pandemic, the Federal District Government issued the Decree No. 40.939/2020 with policies to prevent and contain the virus. This paper analyzes Article 11 of the aforementioned Decree, which states that it will be considered abuse of economic power to raise prices, without good cause, with the objective of increasing the prices of inputs and services related to the fight against COVID-19 by arbitrary means. Thus, the objective of this research is to understand, under the lens of Competition Law, (i) the administrative power to decide on the existence of an illegal practice against the economic order and (ii) to what extent exploitative pricing practices harm competition.

Keywords: Competition Law; COVID-19; State intervention; Abuse of economic power; Exploitative pricing practices.

Classificação JEL: K21; K41; K42.

Sumário: 1) Introdução; 2) Atuação estatal no domínio econômico: os limites impostos ao poder regulamentar pela lei 12.529/11; 2.1) Poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo do Distrito Federal; 3) A hipótese do aumento de preços de insumos e serviços relacionados à COVID-19: o fenômeno do price gouging; 3.1) O fenômeno do price gouging pelo lado da demanda; 3.2) O fenômeno do price gouging pelo lado da oferta; 4) O price gouging pela ótica do Direito do Consumidor brasileiro; 5) Em que medida o aumento abusivo de preços é uma ofensa à livre concorrência; 6) Considerações finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Após a declaração da pandemia de Covid-19⁴, no dia 11 de março de 2020, pela Organização Mundial de Saúde (OMS), diversas autoridades de diferentes países adotaram protocolos para lidar com tal situação e conter a transmissão do vírus. Além disso, a procura por produtos relacionados à luta contra o coronavírus cresceu exponencialmente da noite para o dia, resultando no aumento dos preços, por exemplo, de máscaras, potes de álcool-gel e luvas descartáveis⁵.

Nesse contexto, o Governo do Distrito Federal (GDF) editou o Decreto nº 40.939, de 02 de julho de 2020 (BRASÍLIA, 2020), dispondo sobre *as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus*. O art. 11 do referido decreto do GDF estabelece que:

Considerar-se-á, abuso de poder econômico a elevação de preços, sem justa

4 Doença causada pelo Novo Coronavírus Sars-Cov-2 (O QUE É..., 2020).

5 Notícias relacionadas ao tema disponíveis em Taylor (2020), Amorim (2020), Henrique (2020), Dona de farmácia...(2020).

causa, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os preços dos insumos e serviços relacionados ao enfrentamento do COVID-19, na forma do inciso III do art. 36 da Lei Federal nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, e do inciso II, do art. 2º do Decreto Federal nº 52.025, de 20 de maio de 1963, sujeitando-se às penalidades previstas em ambos os normativos (BRASÍLIA, 2020).

Após a leitura do artigo acima, surgem alguns questionamentos: a) O GDF pode considerar uma conduta como ilícito concorrencial? b) Seria a elevação, sem justa causa, dos produtos e serviços relacionados à COVID-19, um aumento arbitrário de lucros, punível pela lei antitruste? O que, de fato, entender-se-ia por uma elevação “sem justa causa”?

Assim, o objetivo deste trabalho é analisar o art. 11 do Decreto nº 40.939/2020 do GDF sob as lentes do Direito Concorrencial, especificamente (i) a competência para a decisão sobre a existência de infração à ordem econômica; e (ii) em que medida o aumento abusivo de preços é uma ofensa à livre concorrência e uma infração à ordem econômica. Feito isso, será possível sugerir alternativas viáveis para lidar com a questão do aumento de preços dos produtos e serviços relacionados à prevenção do coronavírus.

A questão é relevante pois revela não apenas os limites regulatórios do Poder Executivo, mas também com as fronteiras de atuação do Direito Concorrencial em face de uma situação de exceção, um grave problema de saúde pública, que atinge toda uma nação. A atualidade, por sua vez se dá pela recente e ainda instalada pandemia que motivou o aumento de preços de produtos relacionados ao seu combate no mundo todo.

Como o art. 11 do Decreto nº 40.939/2020 faz referência a dois atos normativos e um deles foi revogado⁶, o fio condutor do presente trabalho é a Lei nº 12.529/11 que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, tipificou as infrações contra a ordem econômica e definiu as competências do Cade (BRASIL, 2011).

Dessa forma, para responder as questões acima elencadas, o artigo se divide em seis seções, sendo a primeira seção esta breve introdução. Na segunda seção, veremos de que maneira a Constituição Federal e a Lei 12.529/11 instituíram a competência legislativa acerca dos ilícitos anticoncorrciais. Já na terceira seção, estudaremos uma possível resposta da teoria econômica ao aumento de preços em tempos de crise, qual seja, o *price gouging*. A quarta seção discorrerá brevemente sobre o fenômeno do *price gouging* a partir da perspectiva do Direito Consumerista brasileiro. A quinta seção versará sobre a atuação do Cade nos casos de elevação sem justa causa de preços e, finalmente, a sexta seção apresentará as conclusões direcionadas a uma melhor compreensão do assunto.

2. ATUAÇÃO ESTATAL NO DOMÍNIO ECONÔMICO: OS LIMITES IMPOSTOS AO PODER DE REGULAMENTAR PELA LEI 12.529/11

6 Situação do Decreto Nº 52.052, de 20 de Maio de 1963: Revogado pelo Decreto nº 92323 de 23 de Janeiro de 1986, Revogado pelo Decreto nº 9757 de 11 de Abril de 2019. (<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-52025-20-maio-1963-391868-norma-pe.html>)

A livre concorrência é estabelecida pelo art. 170, IV da Constituição como um dos princípios da ordem econômica. Para garanti-la, outro dispositivo constitucional estatui que a *lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros (art. 173, § 4º)* (SILVA, 2016).

Segundo os ensinamentos de José Afonso da Silva (2016), a Constituição reconhece a existência do poder econômico e condena o seu abuso. Conseqüentemente, a repressão desse abuso foi autorizada pelo constituinte como uma das formas de intervenção do Estado no domínio econômico.

A intervenção do Estado na ordem econômica está prevista no artigo 174 da Constituição e será exercida por meio das funções de *fiscalização, incentivo e planejamento*. Além disso, para concretizar tal possibilidade de intervenção, a Constituição confere ao Estado o *status de agente normativo e regulador da atividade econômica* (SILVA, 2016).

É neste ponto que começamos a nos aproximar do Decreto nº 40.939/2020 do Governo do Distrito Federal, uma vez que ele manifesta, no artigo 11, o poder do Estado de regular a atividade econômica (BRASIL, 2020). Todavia, como veremos, esse poder não é ilimitado.

Para entender se o Governo do Distrito Federal pode, por meio de decreto, considerar uma conduta como ilícito concorrencial, é preciso verificar quais institutos da teoria jurídica incidem sobre tal questão. De um lado, temos o Decreto do GDF como possível expressão do poder regulamentar. De outro, a Lei 12.529/11 estabelece no art. 36 (*caput* e incisos) hipóteses exemplificativas de condutas anticompetitivas (BRASIL, 2011).

Poderia então, como fez no art. 11 do Decreto nº 40.520/2020, o GDF, no suposto uso do poder regulamentar econômico, efetuar a subsunção de uma conduta (*elevação de preços, sem justa causa, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os preços dos insumos e serviços relacionados ao enfrentamento do COVID-19*) ao tipo previsto no inciso III do art. 36 da Lei 12.529/11?

2.1 Poder regulamentar do Chefe do Poder Executivo do Distrito Federal

Poder regulamentar é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e possibilitar a sua efetiva aplicação. A formalização desse poder se processa, basicamente, por decretos e regulamentos (CARVALHO FILHO, 2019).

Nesse sentido, o artigo 84, IV da Constituição dispõe que compete ao Presidente da República expedir decretos e regulamentos para a fiel execução das leis. O mesmo poder é conferido, pelo princípio da simetria constitucional, a outros Chefes do Poder Executivo (governadores, prefeitos) para que cumpram as mesmas finalidades, isto é, complementar e executar as leis (CARVALHO FILHO, 2019).

Assim, o poder regulamentar só pode ser exercido *secundum legem*: em conformidade com o conteúdo da lei e segundo os limites que esta impuser. Disso decorre que os decretos e regulamentos não podem criar direitos e obrigações desrespeitando o princípio da legalidade, segundo o qual *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei* (art. 5º, II da Constituição) (CARVALHO FILHO, 2019).

Portanto, decretos ou demais atos administrativos que resultem do poder regulamentar,

além de inferiores, são subordinados e dependentes de lei (MELLO, 2015). Desse modo, um decreto será inconstitucional se criar direitos ou obrigações novas, estranhas à lei, como, por exemplo, fazer-taxativo o que é exemplificativo, ou vice-versa (MELLO, 2015).⁷

Sobre os limites do poder regulamentar, o Supremo Tribunal Federal já assentou que “a reserva de lei em sentido formal qualifica-se como instrumento constitucional de preservação da integridade de direitos e garantias fundamentais” (BRASIL, 2002). Conforme manifestação do Ministro Celso de Mello:

O princípio da reserva de lei atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por tal razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal (BRASIL, 2002).

Então, sobre o Decreto do GDF, podemos constatar que houve atuação estatal fundada no poder regulamentar, porém como esse ato administrativo inovou a ordem jurídica para restringir direitos fundamentais, ele não se reveste de suficiente legalidade. Também a regulação de atividades econômicas deve observar os limites impostos pelas leis.

A competência para legislar sobre direito econômico é *concorrente* e está amparada no artigo 24 da Constituição. Essa competência legislativa não só abarca materialmente todas as áreas de intervenção – fiscalização, incentivo e planejamento –, como é conferida formalmente à união, aos estados, municípios e ao DF (SILVA, 2016).

A questão é que, embora o artigo 174 da Constituição declare que o Estado exercerá sua atividade de agente normativo e regulador na *forma da lei*, não é mediante lei que se limitam atividades econômicas. Desse modo, todas as intervenções do Estado que limitem atividades econômicas serão realizadas mediante *ato administrativo* que só pode efetivar-se de acordo com previsão legal (SILVA, 2016).

A repressão ao abuso do poder econômico é uma das formas mais drásticas de intervenção no domínio econômico e, no entanto, não é feita mediante lei, mas por ato administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), embora sempre nos termos da lei (Lei 8.884/94)⁸, no que se atente ao Princípio da Legalidade (SILVA, 2016, p. 823).

Portanto, existem limites formais ao Decreto nº 40.939/2020: a lei que autoriza o ato administrativo mediante o qual o Estado combate o abuso de poder econômico é a Lei 12.529/11 e a

7 Neste mesmo sentido, podemos citar a criação do instituto jurídico do abuso do poder regulatório, positivado no artigo 4º da Lei de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/19), reforçando a concepção que normas regulatórias não podem criar obrigações além daquelas anteriormente enunciadas em lei, concretizando o caráter explicativo e elucidativo das normas regulatórias. Para um tom crítico a esse artigo, ver Bercovic (2020). Para um tom mais defensivo sobre esse artigo, ver Domingues e Silva (2020).

8 Transforma o Cade em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Foi quase integralmente revogada pela Lei 12.529/11 (BRASIL, 2011).

competência para *decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei* é do Plenário do Tribunal do Cade⁹.

Desse modo, o referido Decreto ultrapassa os limites do poder regulamentar ao tornar taxativa uma conduta que somente poderia (ou não) ser enquadrada no rol exemplificativo do art. 36 da lei 12.529/11, pelo Plenário do Tribunal do Cade.

A opção do legislador pelo rol exemplificativo de ilícitos concorrenciais se deu em função da existência de expressões genéricas, às quais nem a ciência econômica, nem a cultura empresarial conseguem oferecer significado preciso (domínio do mercado; aumentar arbitrariamente os lucros; limitar a livre concorrência) (SALOMÃO FILHO, 2013). O conteúdo dessas expressões deve ser determinado pelos Conselheiros do Cade, no julgamento de casos concretos.

Assim, é possível concluir que a competência exclusiva do Cade para combater os abusos do poder econômico se dá apenas sob o plano da responsabilidade administrativa e não se confunde, por exemplo, com a imputação de sanções criminais¹⁰.

3. A HIPÓTESE DE AUMENTO DOS PREÇOS DE INSUMOS E SERVIÇOS RELACIONADOS À COVID-19: O FENÔMENO DO PRICE GOUGING

Na teoria econômica, mais precisamente, em termos microeconômicos, há uma expressão que denomina o efeito do aumento exorbitante do preço de um produto em virtude de um choque de oferta/demanda causado por um evento inesperado, normalmente, um desastre natural: *price gouging*¹¹.

A ocorrência desse fenômeno gera uma série de controvérsias que, de tempos em tempos, é trazido de volta para as discussões acadêmicas e da sociedade, uma vez que, usualmente, há uma grande repercussão midiática sobre ela. Prova disso é que o professor Michael Sandel (2015), professor de filosofia da Universidade de Harvard, inicia o seu livro *best-seller* “Justiça: o que é fazer a coisa certa” apresentando uma discussão sobre *price gouging*, citando exemplos de aumentos súbitos dos preços de sacos de gelo, estadia de uma noite num quarto de hotel, geradores de energia domésticos, concerto e retirada de árvores de telhados após a passagem do furacão Charley, no verão de 2004, no estado norte-americano da Florida.

Ainda que o acontecimento de *price gouging* ocasione profundas questões éticas, pois, literalmente, da noite para o dia, um bem é capaz de passar de “não essencial” para um bem “essencial” e, assim, o seu preço se multiplicar inúmeras vezes – podendo ser entendido como uma prática injusta/abusiva –, o fenômeno, do ponto vista econômico, não apresenta maiores dificuldades no seu entendimento, gerando até uma disputa entre soluções contra *price gouging* providas por economistas,

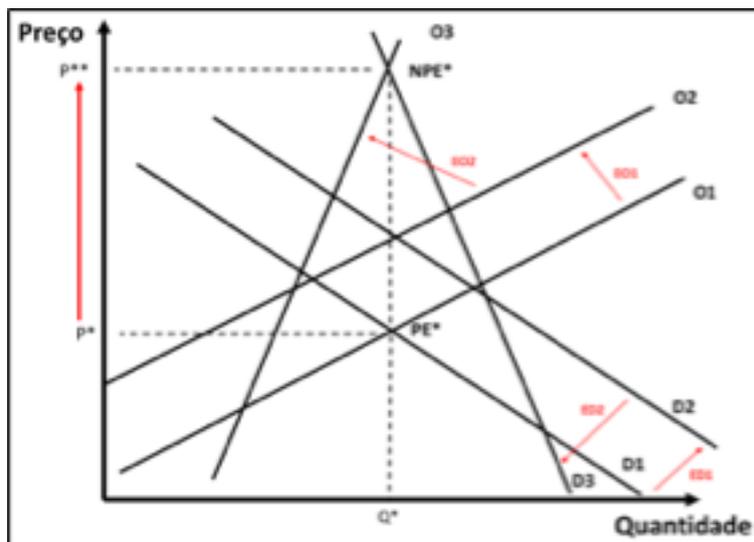
9 Art. 9, II da lei 12.529/11 (BRASIL, 2011).

10 O ilícito de cartel, por exemplo, é punível tanto na seara administrativa, na forma da lei 12.529/11, quanto na seara criminal, pela Lei 8.137/90, e na seara civil, a partir das ARDC (Ações de Reparação por Danos Concorrenciais), mas a competência do Tribunal do Cade se restringe à aplicação da Lei 12.529/11. Para uma discussão mais aprofundada sobre ARDC e *private enforcement* no Direito Concorrencial, ver o documento da OCDE (2018).

11 Ainda que não encontramos uma tradução única para a expressão *price gouging*, entendemos que ela possa ser traduzida por “aumento excessivo de preço” ou “preços extorsivos”.

juristas e filósofos¹². Com o intuito de melhor entendermos o fenômeno econômico do *price gouging*, elaboramos a figura 1.

Figura 1 – O fenômeno do *price gouging* em termos econômicos



Fonte: elaborado pelos autores.

O *price gouging* é ocasionado por um choque de oferta e/ou demanda num curto período temporal – o que os economistas denominam de curto, ou até curtíssimo, prazo. Conforme argumentaremos, em relação aos produtos e insumos relacionados ao enfrentamento da COVID-19 (consoante o artigo 11 do Decreto nº 40.939 do GDF), houve tanto um choque de demanda quanto um choque de oferta.

A figura 1 representa graficamente as curvas de demanda e de oferta de álcool gel, máscara ou qualquer outro produto relacionado à pandemia. A demanda pelo álcool gel (exemplificaremos a figura como a representação gráfica do mercado de álcool gel) é dada pela curva D1 e a oferta é dada pela curva O1. Conforme demonstrado, as curvas se encontram no ponto de equilíbrio PE*, ocasionando uma quantidade comercializada de Q* a um preço P*. Podemos considerar esse estado de coisas como o cenário pré-pandemia, no qual a demanda se iguala à oferta de álcool gel em determinado ponto, acarretando o equilíbrio desse mercado. Todavia, em virtude da pandemia, a situação se modifica. Iniciaremos o estudo econômico desse fenômeno pelo lado da demanda e, após, veremos o lado da oferta.

3.1 O fenômeno do *price gouging* pelo lado da demanda

Em decorrência da pandemia, há o natural aumento da demanda por álcool gel (aumento no

12 No seu livro *Justiça*, Sandel (2015) demonstra que enquanto a maioria dos filósofos e juristas advoga para uma proibição e uma punição do aumento excessivo dos preços em momentos delicados, como momentos logo após a ocorrência de um desastre natural, a maioria dos economistas entende esse fenômeno como um movimento “normal” e até natural do livre mercado, visto que essa brusca variação nos preços é a consequência de uma causa, nesses casos, um choque de demanda/oferta e, tentar remediar a consequência – aumento de preços –, não resolveria o problema original – o choque de demanda/oferta.

número das pessoas objetivando a compra de álcool gel), por conseguinte, ocorre o primeiro efeito na curva de demanda. Esse primeiro movimento, de crescimento da demanda, é representado por um deslocamento da curva para a direita – sendo exibido no gráfico como efeito da demanda ED1, em que passamos da curva de demanda D1 para a curva de demanda D2. Todavia, esse não é o único movimento.

Paralelamente, um outro efeito importante do *price gouging*, quiçá até mais importante do que o de crescimento da demanda, é o aumento da essencialidade do bem. Por exemplo, Pindyck e Rubinfeld (2010) dão o exemplo da essencialidade de pás de neve após o acontecimento de uma nevasca. Enquanto a pá de neve apresenta uma utilidade quase nula em um dia sem neve (qual é a utilidade de uma pá de neve em dias ensolarados?), ela apresenta uma utilidade muito maior em um dia logo após uma nevasca – assim como, no exemplo do Sandel (2015), um gerador de energia elétrica apresenta uma determinada utilidade em dias “normais” e uma utilidade muito maior em dias logo após a ocorrência de um furacão que arrebentou os cabos de energia elétrica da cidade. Consequentemente, o mesmo bem é capaz de satisfazer uma necessidade muito maior dependendo da situação em que a pessoa se encontra.

Essa essencialidade de um bem pode ser observada através do conceito econômico de *elasticidade*. A elasticidade capta a mudança percentual que ocorrerá em uma variável como resposta da mudança de outra variável. Desse modo, a elasticidade preço da demanda representa a mudança na quantidade demandada de um produto como resposta a uma mudança no seu preço (PINDYCK; RUBINFELD, 2010)¹³. Através da observação da inclinação negativa da curva de demanda da figura 1, é possível notar que o aumento no preço de um bem ocasionará a redução na sua quantidade demandada. A pergunta que se faz é: se o preço aumentar, por exemplo, em 10%, em quanto se reduzirá a quantidade demandada? A partir dessa pergunta, podemos classificar um bem como: (i) inelástico, (ii) elástico ou (iii) elasticidade unitária. Se a redução, nesse caso, for menor do que 10%, denominar-se-á o bem de inelástico. Se a redução for maior do que 10%, denominar-se-á o bem de elástico. E, por fim, se a redução for igual a 10%, entende-se que o bem apresenta uma elasticidade unitária.

Um bem inelástico é também entendido como um bem essencial (essencial no sentido de satisfazer necessidades básicas ou necessidades que o ser humano priorize satisfazê-las). Gasolina, alimentos, cigarros são, normalmente, exemplos de bens inelástico em que, ainda que haja um aumento de seus preços, a redução na quantidade demandada será menor do que esse aumento – uma pessoa esfomeada que almeja a compra de um alimento ou um fumante que almeja a compra de um cigarro tenderão a suportar um maior aumento de preço para continuar adquirindo o bem almejado. Um bem elástico é entendido como um bem não essencial (ou um bem de luxo), visto que a redução na sua quantidade demandada será maior do que o aumento do preço.

Posto isto, a ocorrência da pandemia foi capaz de modificar a utilidade do álcool gel e das máscaras. Enquanto, anteriormente, os brasileiros utilizavam máscara apenas em casos especiais de proteção de sua própria saúde (tais como médicos e enfermeiros em ambiente cirúrgico), atualmente, por exemplo, após a pandemia, houve uma mudança na essencialidade da máscara, pois ela tor-

13 Algebricamente, a elasticidade preço da demanda pode ser representada por $E_{pd} = \frac{P}{Q} \cdot \frac{\Delta Q}{\Delta P}$ em que E_{pd} denomina a elasticidade preço da demanda, P denomina o preço, Q denomina a quantidade, ΔQ representa a variação na quantidade demandada e ΔP representa a variação no preço.

nou-se um instrumento fundamental na proteção contra o vírus, passando a ser um item obrigatório no dia-a-dia das pessoas (ao que tudo indica, ela seria um método barato de minimização e redução de casos do coronavírus). Em termos econômicos, a máscara tornou-se um bem mais inelástico, visto que os consumidores agora estariam dispostos a pagar mais para adquiri-la, suportando um aumento significativo do seu preço e uma menor redução de quantidade demandada¹⁴.

Graficamente, esse fenômeno do aumento da essencialidade da máscara ou do álcool em gel pode ser visto pelo efeito da demanda ED2. Um bem é entendido como perfeitamente inelástico quando a sua curva de demanda é vertical – enquanto o bem é perfeitamente elástico quando a sua curva de demanda é horizontal. O aumento de essencialidade do bem, ou a redução da sua elasticidade, pode ser vista pela mudança no seu eixo da curva de demanda D2 para uma curva mais vertical como aparece em D3. Dessa forma, conclui-se que a demanda de álcool gel inicial D1 aumentou para a demanda D2, finalizando na demanda D3, sendo essa uma das explicações – porém não a única – para o aumento abrupto de preços.

Contudo, conforme dito anteriormente, o fenômeno do *price gouging* não ocorre apenas pelo lado da demanda. Portanto, com o objetivo de continuar o exame econômico desse fenômeno, passaremos para a análise da mudança na oferta desses bens.

3.2 O fenômeno do *price gouging* pelo lado da oferta

A análise do *price gouging* pelo lado da oferta nesta subseção partirá da premissa de que houve um aumento dos custos dos insumos para a fabricação dos produtos relacionados ao combate à COVID-19. A premissa dessa subseção será comprovada na próxima seção (seção 4), quando veremos o *price gouging* pela ótica do Direito do Consumidor e a atuação da SENACON no início da pandemia. Porém, neste momento, continuaremos a análise econômica do fenômeno do *price gouging*, analisando as mudanças na oferta dos bens de combate à COVID-19, logo após analisar as mudanças na demanda do bem.

Retornando ao nosso exemplo gráfico da figura 1, iniciamos a nossa análise a partir da curva de oferta do cenário pré-pandêmico O1. A partir do aspecto exógeno do começo da pandemia e do aumento dos custos dos insumos – comentado no parágrafo anterior –, observamos o primeiro efeito na curva da oferta – o efeito EO1. O aumento no custo de produção de um produto acarreta uma diminuição na oferta desse produto, provocando um deslocamento paralelo da curva de oferta para a esquerda – curva de oferta O2. A diminuição na oferta de um produto ocasiona o aumento do preço e a redução de quantidade.

Ademais, assim como aconteceu com a demanda, a mudança na essencialidade de um bem também é capaz de afetar a curva de oferta. Uma vez que os produtos relacionados ao combate contra o coronavírus tornaram-se mais essenciais, os ofertantes são capazes de aumentar o preço sem que haja uma grande redução na oferta. Ou seja, a oferta também se tornou mais inelástica, ocasionando uma mudança na inclinação da curva, tornando-a mais vertical – efeito EO2. Como consequência final, a curva de oferta passou da oferta inicial O1, deslocando-se para a oferta O2 e,

14 “Se o bem é essencial ao consumidor e de fato não há substitutos próximos, a perda do consumidor por ficar sem o bem é significativa e, portanto, ele estará disposto a pagar preços bem elevados pelo bem [...]” (VIEGAS; ALMEIDA, 2013, p. 36).

finalmente, para O3.

Essa mudança nas curvas de oferta e demanda resultaram em um novo cenário, posto que as curvas agora se encontram no novo ponto de equilíbrio NPE*. Nesse novo ponto de equilíbrio, a quantidade comercializada continua sendo a quantidade Q^* , porém o preço passou de P^* para P^{**} . Essa mudança no nível de preço é o que caracteriza o fenômeno do *price gouging*, um brusco aumento do preço em decorrência de um fenômeno causador de um choque de oferta/demanda em um curto período de tempo. Ressaltamos também que a quantidade comercializada, usualmente, tende a permanecer no mesmo nível que estava (podendo se reduzir ou aumentar, mas em variações pequenas). As variações nos preços são mais rápidas de acontecer do que variações nas quantidades, pois o aumento/redução das quantidades depende diretamente do estoque e do nível de produção das empresas ofertantes do produto em questão. Portanto, ainda que a quantidade de um determinado produto possa se reequilibrar a médio ou longo prazo, quando ocorre um fenômeno inesperado de *price gouging* será o preço que irá equilibrar a oferta e demanda do produto no mercado no curto (ou curtíssimo) prazo. E isso, normalmente, ocorre através de um aumento brusco e inesperado do preço desse produto.

Há de se frisar que os efeitos da demanda ED1 e ED2, assim como os efeitos da oferta EO1 e EO2, acontecem simultaneamente. Desse modo, utilizando as máscaras faciais como exemplo, percebe-se que, no início da pandemia, houve um aumento da demanda por máscaras – i.e., um maior número de pessoas almejando comprar máscaras – ao mesmo tempo que houve o aumento na necessidade do uso das máscaras, tornando-as mais essenciais (seja por causa do efeito de proteção que as máscaras têm contra o coronavírus, seja pela obrigatoriedade de sua utilização em alguns lugares em decorrência de decretos e demais normas de cunho mandatário). Portanto, em relação à curva de demanda, no nosso exemplo da figura 1, ela passou da curva D1 direto para a curva D3 e, simultaneamente, o mesmo aconteceu em relação à curva de oferta, que passou de O1 para O3 (porém, por razões didáticas, para uma melhor visualização dos dois efeitos distintos, preferimos separar os efeitos de aumento de demanda com o aumento de sua essencialidade). Dessa forma, restou demonstrado o fenômeno econômico do *price gouging*, ilustrando a maneira pela qual o aumento de preços de certos produtos pode ser visto como decorrente do choque brusco entre demanda e oferta. Na próxima seção, examinaremos brevemente a análise do fenômeno do *price gouging* dos produtos relacionados ao enfrentamento da COVID-19 pela ótica do Direito do Consumidor.

4. O PRICE GOUGING PELA ÓTICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR BRASILEIRO

A Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), no ano de 2019, emitiu a nota técnica nº 35 que tratava sobre um “estudo técnico a respeito da abusividade no reajuste do preço de produtos e serviços” (BRASIL, 2019). Saindo da seara do Direito Concorrencial e entrando no ramo do Direito do Consumidor, o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990) apresenta uma regra semelhante à regra do artigo 36, III da Lei 12.529/11, no seu artigo 39, X, ao dispor que: “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] X – elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços”. Portanto, segundo as palavras da professora Paula Forgioni (2015, p. 247), “pode ocorrer que o mesmo suporte fático desencadeie a incidência de normas de defesa do

consumidor e de normas antitruste” e o fenômeno do *price gouging* comprova essa afirmação, uma vez que, devido a uma certa abertura hermenêutica em suas expressões, ele pode ser encarado tanto como um “aumento arbitrário de lucros” (art. 36, III, Lei 12.529/11) quanto uma “elevação sem justa causa do preço” (art. 39, X, do CDC) – ainda que as referidas leis são as bases de dois ramos do Direito distintos.

Desse modo, a SENACON, com o intuito de enfrentar a expressão aberta de “elevação sem justa causa do preço” e assim prover maior segurança jurídica às empresas, emitiu a nota técnica nº 35. Em 2020, em virtude da pandemia, a secretaria desenvolveu uma nota especial, baseada na nota anterior, e emitiu a nota técnica nº 8, entendida como um “guia orientativo para exame de abusividade na elevação dos preços dos diversos produtos e serviços que podem ser afetados em virtude da pandemia do coronavírus (COVID-19)” (BRASIL, 2020a). A partir dessa nota, a SENACON notificou diversas empresas do ramo farmacêutico, almejando entender os motivos do aumento dos preços de três produtos: álcool em gel, álcool solução 70% e máscaras cirúrgicas.

A partir dessas notificações, em maio de 2020, a SENACON soltou o relatório final sobre o aumento dos preços e uma suposta abusividade das empresas em relação aos três produtos comentados anteriormente. Analisando a cadeia de produção desses produtos, ficou comprovado uma redução na oferta dos produtos, um aumento no valor dos insumos – aumento no custo de produção – e uma necessidade das empresas em repassar o aumento desses valores para os preços finais aos consumidores. Portanto a SENACON entendeu não haver uma elevação sem justa causa dos preços (prática abusiva consumerista passível de sanção prevista no art. 39, X do CDC), visto que as empresas desses mercados comprovaram o aumento de preço – em decorrência das mudanças bruscas nos mercados dos três produtos analisados – apresentando uma “justa causa” para o acréscimo.

Assim, os dados coletados indicam que para suprir a atual demanda por álcool em gel ou máscaras em quantidade suficiente para atender ao mercado brasileiro seria necessária a plena retomada da capacidade produtiva da China, o que não aconteceu diante das medidas de contenção e isolamento adotadas como consequências do Covid-19 no mercado asiático. No caso de máscaras cirúrgicas, por exemplo, uma parcela significativa dos notificados informou que importava esses produtos da China, sendo certo que o volume das importações diminuiu com o aumento da demanda na Ásia, onde a epidemia crescia cada vez mais rápido.

[...]. Restou comprovado nos casos em análise que, no geral, houve um descompasso de funcionamento da demanda pelos diversos fatores apontados pelas notificadas e isso refletiu quase imediatamente no preço ofertado. [...] Infelizmente, constatamos que com os custos de fabricação cada vez mais elevados e imprevisíveis, bem como ante a necessidade buscar constantemente alternativas para produção, distribuição e importação de álcool gel, álcool solução 70% e máscaras cirúrgicas, as notificadas aparentemente não terão alternativas a não ser repassar esses aumentos para o consumidor final (BRASIL, 2020b).

Desse modo, asseverou-se o aumento dos custos dos insumos para a fabricação dos produ-

tos através da nota técnica nº 8 da SENACON, confirmando a premissa do aumento dos custos de produção da análise do fenômeno do *price gouging* pelo lado da oferta realizado na subseção anterior. Após a comprovação empírica da premissa teórica utilizada anteriormente, na próxima seção, sairemos do Direito do Consumidor e analisaremos o fenômeno do *price gouging* pela ótica do Direito da Concorrência, em especial, a ofensa à livre concorrência cometido pelo ilícito concorrencial do preço excessivo.

5. EM QUE MEDIDA O AUMENTO ABUSIVO DE PREÇOS É UMA OFENSA À LIVRE CONCORRÊNCIA

Retornando ao Direito da Concorrência, o artigo 36, III, da Lei 12.529/11 exemplifica um ilícito concorrencial bastante controverso que é o ilícito denominado de preço excessivo (BRASIL, 2011). Conforme apontado pelo professor Roberto Taufick (2017), a disciplina de preço excessivo estava expressamente presente na antiga lei concorrencial brasileira – Lei 8.884/94 – no parágrafo único do artigo 21¹⁵. Todavia, por decisão do legislador atual, o possível ato anticompetitivo de preço excessivo não está positivamente regrado na Lei 12.529/11. Contudo, isso não quer dizer que preços excessivos não possam ser compreendidos como atos anticompetitivos, uma vez que o § 3º do art. 36 da Lei 12.529/11 apresenta um rol exemplificativo¹⁶ de condutas anticompetitivas ao adicionar a expressão “além de outras” no seu texto.

O ilícito do preço excessivo é entendido como um gênero que apresenta duas espécies: os preços exclusionários e os preços exploratórios – ou ainda abusos exclusionários (*exclusionary abuses*) e abusos exploratórios (*exploitative abuses*).

Preços exclusionários são aqueles que são instrumentos ilícitos da redução da concorrência do mercado. [...] Diversamente, no caso dos preços exploratórios falamos dos preços praticados por player que detenha poder de mercado, sem que esses preços tenham por escopo, ou por efeito reduzir a

15 Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: [...]. Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á: I – o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade; II – o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais; III – o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis; IV – a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de venda ou serviço ou dos respectivos custos (BRASIL, 1994).

16 A doutrina entende que o rol das infrações contra a ordem econômica contidas no é um rol aberto e exemplificativo em virtude da expressão “além de outras” do §3º. Art. 36 [...] § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipóteses prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: [...] (grifo nosso). “Quando se verifica que esse rol ainda é meramente descritivo e que as práticas independem da forma dos atos jurídicos, estando condicionadas tão somente à possibilidade de efeitos anticoncorrenciais igualmente amplos, observa-se que existe uma margem extremamente ampla para a identificação do ilícito antitruste” (FRAZÃO, 2017, p. 257). “[...] uma lista exemplificativa de condutas empresariais que podem (ou não) gerar tais efeitos (art. 36, § 3º)” (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 92).

*concorrência (TAUFICK, 2017, p. 227)*¹⁷.

Ou seja, enquanto os preços excessivos exclusionários sempre são acompanhados de um outro ilícito concorrencial – como a prática de *margin squeeze*, por exemplo –, os preços excessivos exploratórios seriam identificados como um ilícito próprio em si mesmo. Partindo dessa diferença de espécies de preço excessivo, já é possível encontrar uma grande diferença no modo de ver tais práticas em diferentes jurisdições, pois, enquanto os preços exclusionários são combatidos por todas as jurisdições, o combate aos preços exploratórios não é unânime a todas elas.

No direito antitruste norte-americano (assim como australiano, canadense e mexicano), por exemplo, não existe a figura do preço excessivo exploratório (OECD, 2020). “[...] *some systems of competition law do not prohibit excessively high prices, most noticeably US antitrust law*” (WHISH; BAILEY, 2018, p. 735)¹⁸. Isso não quer dizer que preços excessivos não sejam combatidos nos Estados Unidos, porém tais práticas não são entendidas como ilícitos concorrenciais. Visando combater o preço excessivo, alguns estados norte-americanos detêm leis contra o *price gouging* em si (*price gouging laws*).¹⁹

O Cade já enfrentou essa temática de preço excessivo, adotado uma visão mais parecida com a visão norte-americana, o qual não o considera como ilícito concorrencial.

Vale ressaltar que o aumento desproporcional de preços e a existência de posição dominante não são condições suficientes para se concluir pelo ilícito de preços excessivos ou aumento injustificado de preços. [...] Assim, o aumento de preços em nível acima de qualquer índice, não constitui uma

17 Neste mesmo sentido: “*There are two main types of potentially problematic activities in this context – arrangements with competitors and exploitative practices, particularly exploitative pricing*” (OECD, 2020, p. 2); “*We limit our analysis to excessive prices which directly exploit the consumers where, as we show, the conditions for antitrust intervention should be very strict. We do not deal with exclusionary excessive prices (which often take the form of price squeezing) where the conditions for antitrust intervention may be less strict*” (MOTTA; STREEL, 2007, p. 15); “*The concept of abuse in European antitrust policy can be divided into exploitative abuses and exclusionary abuses. Exploitative abuses are those where a firm with market power sets prices and conditions that take advantage of the strong position of the seller (and the correspondingly weak position of the buyer) to ensure that an undue share of the gains from trade accrue to the seller. Exclusionary abuses are those where a firm seeks to engage in conduct to evict a rival from its market (or deter a rival from entering its market or expanding in the market), by engaging in pricing and/or non-price strategies that induce the rival to cease competing as effectively or at all*” (WILLIAMS, 2007, p. 128).

18 Neste mesmo sentido: “*A lei norte-americana e europeia diferem no que toca aos preços excessivos; enquanto os tribunais norte-americanos entendem que a simples cobrança de preços de monopólio maximizadores de lucros não é violação concorrencial, os tribunais europeus entendem que uma sociedade com posição dominante tem a obrigação legal de não cobra preços excessivos*” (ELHAUGE; GERADIN apud TAUFICK, p. 233); “*Article 82(a) of the EC Treaty explicitly prohibits a dominant firm from ‘directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions’. Since most Member States’ competition laws are borrowed from the EC Treaty, similar provisions exist throughout the EU’s national jurisdictions as well. Since in the US the case law excludes the possibility of using excessive pricing actions, this is an area of antitrust where there is a wide divergence between the two sides of the Atlantic*” (MOTTA; STREEL, 2007, p. 16). Para uma maior discussão sobre as diferenças de tratamento e entendimento sobre preços excessivos da jurisdição concorrencial norte-americana e da jurisdição concorrencial comunitária, ver: Gal (2004).

19 “*In the US, although exploitative pricing abuses do not fall within the scope of antitrust, price gouging laws exist at the state level that prohibit excessive prices of certain commodities during periods of abnormal supply disruption*” (OECD, 2020, p. 3).

*infração per se*²⁰.

Dessa forma, quando se considera o ilícito concorrencial de preço excessivo apenas a partir dos preços exclusionários, o comportamento dos preços (preço excessivo) pode ser visto apenas como um “elemento de prova²¹”, pois há um entendimento jurisprudencial do Conselho de que “o preço excessivo não vem sozinho²²”. Ou seja, a existência dos preços excessivos [existiria] tão somente enquanto ilícito conexo ou resultado (*outcome*) em um ilícito concorrencial²³”. Essa é, até então, a visão de preço excessivo do Cade – uma prática conexa a um abuso exclusionário somente.

Dessa forma, após essa discussão entre preço excessivo (gênero), preço exclusionário e preço exploratório (espécies de preço excessivo), devemos partir da perspectiva da União Europeia – posto que a perspectiva norte-americana rechaça a ilicitude concorrencial do preço excessivo – para, primeiro, tentar compreender sobre como ocorreria o ilícito concorrencial de preço excessivo exploratório e, após, entender se o *price gouging* dos produtos relacionados ao combate da COVID-19 poderiam ser identificados pelo Cade como um abuso concorrencial.

Primeiramente, devemos apontar que são poucos os números de casos de preços excessivos no direito concorrencial europeu. “*In system such as the EU, including that of the UK, excessively high prices can be abusive and therefore unlawful, but the competition authorities bring cases only rarely*” (WHISH; BAILEY, 2018, p. 735)²⁴. Portanto, ainda que existente o ilícito concorrencial de preço excessivo no direito antitruste comunitário, há muitas lacunas sobre o seu acontecimento e entendimento, uma vez que não há julgados consolidando-o e definindo o seu real enquadramento jurídico.

Os professores Massimo Motta e Alexandre de Streel apresentam a definição europeia de preço excessivo como:

since its well-known United Brands case, the Court of Justice established that a price is unfair when a dominant firm has “exploited” its dominant position so as to set prices significantly higher than those which would result from effective competition. Hence, a price is excessive and unfair when it is significantly above the effective competitive level, or above the economic value of the product. This should correspond, in the Court’s view, to the normal competitive level (MOTTA; STREEL, 2007, p. 16).

Assim sendo, a partir da perspectiva concorrencial, os preços só seriam entendidos como excessivos se esses forem praticados dentro de uma estrutura de mercado entendida como não competitiva e a empresa, a partir de sua posição dominante, tiver explorado os seus consumidores

20 BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.008340/2002-21. Relator: Conselheiro Paulo Furquim mencionado em Taufick (2017).

21 Ibid. p. 229.

22 BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Averiguação Preliminar nº 08012.003648/1998-05 e Averiguação Preliminar nº 08012.000295/1998-92. Voto-vista: Conselheiro César Mattos mencionado em Taufick (2020, p. 227).

23 Ibid. p. 230.

24 Neste mesmo sentido: “[...] *the reality is that the pursuit of excessive pricing cases is quite rare[...]*” (WILLIAMS, 2007, p. 131); “*While it is said that using competition law to challenge excessive prices is rare [...]*” (COSTA-CABRAL, 2020, p. 9).

através do exercício de poder de mercado²⁵. Por conseguinte, uma empresa que não apresente poder de mercado não poderia ser enquadrada como praticante de preço excessivo. Ademais, não se deve olhar para o preço unicamente, devendo sempre se comparar com o lucro das empresas também, pois *“from an economic point of view, a reasonable starting point is the premise that a price can be deemed excessive if, and only if, it allows the firm in question to make a profit that is excessive”* (WILLIAMS, 2007, p. 132), visto que, se o preço de um produto apresentar um alto valor, mas o seu custo também assim o for, não há sentido, ao menos econômico, de caracterizar esse alto preço como preço excessivo. As dificuldades metodológicas iniciais para se caracterizar o ilícito de preço excessivo podem ser uma das razões para o baixo número de ações baseadas em tal ato anticompetitivo²⁶²⁷.

Dessa forma, conforme visto, um dos requisitos para que uma prática de preço seja impune como preço excessivo é que a empresa praticante desse suposto ilícito detenha uma posição dominante. Todavia, conectando agora com o fenômeno do *price gouging*, muitas vezes o aumento brusco de preço pode acontecer por uma pequena farmácia do bairro (álcool gel e máscaras) ou um pequeno supermercado (sacos de gelo). Portanto, apresenta-se o primeiro problema ao tentar interligar *price gouging* com preço excessivo, pois *“they (excessive price actions) require the finding of dominance, and firms that may be accused of price gouging might not necessarily be dominant in ordinary times”* (MOTTA, 2020).

Com o propósito de contornar esse problema, a doutrina começou a delinear o conceito de “monopólio situacional” ou “dominância temporária”, isto é, uma situação em que uma empresa apresentaria um alto poder de mercado e, conseqüentemente, seria capaz de dominar e abusar desse poder em um curto período temporal²⁸. Isto aconteceria, porque *“even if they (firms) have very little market share in a “normal times” market, these shops may be dominant during the crisis. [...] In cases of excess demand, even a small firm may have considerable market power”* (MOTTA, 2020). Frisamos que “a capacidade de exercício de poder de mercado por uma empresa monopolista está diretamente relacionada à sensibilidade ao preço dos consumidores, ou seja, depende da elasticidade-preço da demanda com a qual a empresa se defronta” (VIEGAS; ALMEIDA, 2013, p. 35), por conseguinte, conforme visto no tópico 3, o *price gouging*, além de aumentar a demanda, aumenta a essencialidade do bem (reduz a elasticidade-preço da demanda para os consumidores) e, ao menos teoricamente, seria capaz de se construir uma situação temporária de dominância e alto poder de mercado segundo a ideia do “monopólio situacional”.

Contudo, ainda que passível de construção teórica, *“this concept (situational monopoly)*,

25 *“Challenging excessive prices under competition law (in jurisdictions where this is possible) always requires the competition authority to demonstrate that the infringing company has a sufficient degree of market power”* (OECD, 2020, p. 5).

26 *“The difficulties of establishing excessive pricing in terms of a coherent conceptual framework might be taken to imply that attempts to prosecute excessive pricing would be very rare, and even then generally unsuccessful”* (WILLIAMS, 2007, p. 145).

27 Alguns dos problemas para a caracterização do preço excessivo são: definição da conduta ilícita de preço excessivo, o quanto “excessivo” o preço tem que ser para ser compreendido como preço excessivo, qual metodologia deve se utilizar para realizar a comparação de preços, quais são os remédios a serem adotados após a comprovação do preço excessivo, entre demais problemáticas. Para maiores discussões sobre dificuldades metodológicas de preço excessivo, ver Motta e Streel (2007) e Williams (2007).

28 *“A related option might be to explore if the notion of ‘situational monopoly’ applies under Article 102 TFEU, whereby a firm happens to dominate a market in a very narrow space of time”* (COSTA-CABRAL, 2020, p. 11). Neste mesmo sentido: ver o “Box 2. Temporary Dominance” (OECD, 2020, p. 5).

however, is broadly untested under competition law. Even where one can identify a time-limited instance of market power, competition authorities will likely face significant challenges in identifying evidence to support such a conclusion” (OECD, 2020, p. 5)²⁹. Portanto, identificar o *price gouging* como um ilícito de preço excessivo, além de ser um problema inicial, pois não há uma clara definição e delimitação do próprio enquadramento e escopo de preço excessivo, gera uma problemática ainda maior que é a imposição da construção teórica do monopólio situacional, uma vez que, sem a sua comprovação, não haveria como uma autoridade antitruste iniciar um processo sancionatório e, conforme apontado, a construção desse conceito seria um desafio para qualquer autoridade antitruste.

Essa imposição da caracterização do monopólio situacional torna-se um requisito necessário, pois dificilmente se conseguiria enquadrar o *price gouging* nas práticas “comuns” de preços excessivos – ressaltar para o pouco uso de ações com esse ilícito e a suas definições metodológicas a partir de julgados. Motta e Streeel (2007), com o intuito de prover uma melhor definição econômica de preço excessivo, criaram um teste de triagem com 3 condições necessárias para que fosse justificado que as agências antitrustes prosseguissem com o caso.

A primeira condição seria a existência de grandes e não transitórias barreiras à entrada que ocasionasse uma posição de super dominância. A segunda condição seria que essa posição de super dominância seria a consequência de um direito especial ou exclusivo, atual ou do passado, ou de uma prática exclusionária anticompetitiva passada e não condenada. E a terceira condição seria a não existência de uma agência reguladora que detivesse competência para resolver problemas específicos desse setor. Segundo esses autores, a autoridade antitruste só deveria se preocupar com práticas de preço excessivo, e assim iniciar um procedimento investigativo e sancionatório, se esses três requisitos necessários estivessem presentes.

Em relação ao *price gouging* dos produtos da COVID-19, nenhuma das condições seriam cumpridas. A primeira condição não seria cumprida, pois não há grandes e, muito menos, não transitórias barreiras à entrada para se abrir uma farmácia no Brasil, por exemplo – nesse quesito, praticamente todas as práticas de *price gouging* não seriam entendidas como preço excessivo, uma vez que uma característica essencial do *price gouging* é a sua rápida transitoriedade. A segunda condição também não seria cumprida, visto que não há direitos exclusivos, ou práticas exclusionárias abusivas, em relação a farmácias – essa condição objetivaria captar mercados influenciados por direitos regulamentados pelo Direito da Propriedade Intelectual, que não necessariamente seriam os casos de *price gouging*. E, por último, há a ANVISA, agência reguladora com competência sobre assuntos envolvendo os produtos relacionados ao combate da COVID-19, impedindo a validade da terceira e última condição. Ou seja, sem a caracterização do monopólio situacional – conceito altamente controverso – dificilmente conseguiria se caracterizar o *price gouging* dentro da prática do ilícito concorrencial do preço excessivo.

A partir dessa perspectiva, concluímos que o Direito Concorrencial, o SBDC, o artigo 36, III da Lei 12.529/11 e o Cade não seriam os melhores responsáveis para tratar sobre problemas de aumento de preço decorrentes de fenômenos de *price gouging*. A discussão sobre a utilização do Direito Con-

29 Neste mesmo sentido: “[...] it seems very unlikely that temporary market power such as that caused by a sudden economic shock could support a finding of sufficient market power to allow antitrust scrutiny of unilateral conduct” (OECD, 2020, p. 5).

correncial para coibir práticas de *price gouging* decorre de problemas encontrados em jurisdições internacionais, pois alguns países não apresentam regras específicas capazes de solucionar tais problemas, sendo as regras concorrenciais as normas mais próximas sobre essas questões.

The issue of exploitation may have some overlap with price-gouging. It is well understood that these two instruments have a different purpose and scope of application: price-gouging laws prevent traders in general from profiteering of situations of necessity, Article 102 TFEU prohibits dominant undertakings from imposing excessive prices or other unfair conditions. This overlap does not prevent applying Article 102 to exploitative abuses. In the absence of effective laws, Member States may have no other instrument to control price increases in reaction to COVID-19 [...] (COSTA-CABRAL et al, 2020, p. 8).

Além disso, a relação jurídica do *price gouging*, no contexto brasileiro, tenderia quase sempre a ser uma relação consumerista, uma vez que teríamos numa ponta um consumidor como destinatário final (conceito de consumidor do artigo 2º do CDC) de um produto que teve um aumento brusco de preço e na outra ponta um fornecedor (conceito de fornecedor do artigo 3º do CDC) (BRASIL, 1990). O artigo da OCDE nos remonta sobre essa possível sobreposição entre Direito da Concorrência e Direito do Consumidor, visto que, em alguns países, há um único órgão competente sobre esses dois ramos distintos do Direito ou uma autoridade antitruste que também tem capacidade para tratar sobre questões consumeristas³⁰.

Portanto, uma conclusão apresentada na maioria dos textos estudados para a escrita desse artigo aponta para o caráter residual na utilização do Direito Concorrencial para a resolução de problemas de *price gouging*, devendo se priorizar a utilização de outros ramos do Direito mais compatíveis com essa prática. “Agencies should also take into account whether alternatives such as consumer protection, price gouging rules or even price regulation are preferable. Some competition authorities may have competence over these matters, while many do not” (OECD, 2020, p. 2). Prioriza-se a utilização de demais regras não concorrenciais, uma vez que, com o intuito de aplicar normas do Direito da Concorrência, deverá se provar a existência de posição dominante e poder de mercado, enquanto as demais regras não apresentam tal requisito (“further, consumer protection and price gouging rules do not apply only to dominant firms, since this is not the focus of their concerns” (OECD, 2020, p. 11). Conclui-se, conseqüentemente, pelo não protagonismo do Direito Concorrencial na resolução de casos de *price gouging*. No contexto brasileiro, compreendemos ser de competência primária do SNDC, amparado pelo artigo 39, X do CDC (BRASIL, 1990), a fiscalização e uma possível punição da prática de *price gouging* (e isto foi o que de fato aconteceu quando a SENACON produziu a Nota Técnica nº 31/2020, comprovando uma justa causa para o aumento dos preços dos produtos relacionados ao combate da COVID-19), tendo o Cade e o Direito Concorrencial papéis secundários e residuais perante o fenômeno de *price gouging*.

30 “When competition authorities also have competences in related fields that empowers them to enforce rules other than competition law to pricing practices – and over 30 competition authorities also enforce consumer protection laws – an important question concerns which available legal tool” (OECD, 2020 p. 10). Para uma maior discussão sobre intersecções entre Direito da Concorrência e Direito do Consumidor no direito brasileiro, ver os seguintes artigos: Oliveira e Castro (2018) e Rezende e Almeida (2013).

Por último, ressaltamos que, por uma questão orçamentária, temporal e de objetivo, os processos administrativos proposto pelo Cade devem ser previamente pensados antes de seus inícios. Ademais, o fenômeno de *price gouging* é caracterizado por sua rápida transitoriedade (descompasso em um curto período entre oferta e demanda), sendo, usualmente, resolvido com o passar do tempo e com o andamento e resolução do mercado (fenômeno do *market clearing*). Dessa forma, a abertura de um processo administrativo concorrencial para a apuração de uma infração à ordem econômica ocorrida em um curtíssimo espaço temporal talvez não seja a melhor resposta para a sua resolução. “[...] *bringing excessive pricing cases is challenging even in normal times. Before bringing such cases, competition authorities should consider whether antitrust enforcement against high prices is needed, proportionate and effective*” (OECD, 2020, p. 2).

Além de uma possível não eficiência de processos administrativos de preços excessivos para o combate de *price gouging*, deve-se levar em consideração também os efeitos negativos causados por esses processos.

Even as competition authorities feel public or political pressure to bring such cases, it is possible that the likelihood of success of such cases, and the deterrent effect of bringing them, is low. It is also important to bear in mind that intervention against high prices can reduce incentives to increase production and delay the achievement of a lower price equilibrium. Furthermore, intervention against high prices can lead to products being diverted to and ending-up in places where prices are not subject to constraints, leading to local consumers being worse off (OECD, 2020, p. 9).

Diante dos argumentos expostos, a conclusão única possível é a da não eficiência do Direito Concorrencial ao “combate” do *price gouging*, devendo deixar, ou para a solução não interventiva do próprio mercado com o passar do tempo, ou para os outros ramos do Direito a sua resolução – no caso brasileiro, para o Direito do Consumidor. E, uma vez que o CADE não tem competência de impor regras consumeristas, torna-se papel da SENACON e dos PROCONS a investigação e punição de aumentos de preços decorrentes de *price gouging* se assim esses órgãos entenderem.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, quanto ao aspecto formal, parece que o artigo 11 do referido Decreto do GDF não produz efeitos jurídicos pelos seguintes motivos: (i) ele transborda os limites do poder regulamentar; e (ii) a competência para decidir sobre a subsunção, ou não, de uma conduta ao art. 36 da Lei 12.529/11 é do Plenário do Tribunal do Cade.

Além disso, quanto ao aspecto material, concluímos para o entendimento que, diante de um cenário de *price gouging*, o Direito Concorrencial não será o ramo do Direito capaz de dar a melhor resposta para uma suposta solução – nem sequer uma resposta minimamente eficiente. No cenário brasileiro, o Direito do Consumidor, através do artigo 36, X do CDC, apresenta uma regra mais apta a tratar desses casos. Porém, se o legislador brasileiro entender que o *price gouging* é um problema a ser combatido, compreendemos que se deveria criar uma legislação específica nos moldes das *price gouging laws* dos estados norte-americanos com o intuito de definir, delimitar e apresentar as con-

sequências e proibições de aumento de preço após eventos inesperados.

Ademais, devemos lembrar que o sistema econômico adotado no Brasil é o sistema de livre mercado, amparado nos ditames da livre iniciativa e livre concorrência (conforme os princípios da Ordem Econômica elencados no artigo 170 da CF), e, por conseguinte, em alguns casos, conforme parece ser os casos de *price gouging*, a não intervenção pode ser compreendida como a melhor resposta a se adotar, visto que os remédios para um possível solução podem ser capazes de aprofundar e ampliar temporalmente o problema, como um possível tabelamento de preços e a retirada do incentivo de novas firmas ofertarem nesses mercado. Porém, se o CADE entender intervir, essa intervenção deve ser realizada apenas como última causa, uma vez que “[...] *excessive pricing actions should be an option of last resort for antitrust authorities, and that they should be used only when other routes fail*” (MOTTA; STREEL, 2007, p. 42).

7. REFERÊNCIAS

AMORIM, Gabriel. Em falta nas farmácias, preço do álcool em gel chega a custar R\$ 320 em Salvador. **Correio**, 25 mar. 2020. Disponível em: <https://glo.bo/3xkJ9N5>. Acesso em: 15 set. 2020.

BERCOVIC, Gilberto. As inconstitucionalidades da “Lei da Liberdade Econômica” (Lei nº 13.874, de 20 de Setembro de 2019). In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990.

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.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/30m27Fi>. Acesso em: 16 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON). **Nota técnica nº 8/2020/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ**. Processo nº. 08012.000637/2020-21. Brasília: MJSP, 2020a. Disponível em: <https://bit.ly/3aRbMlv>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON). **Nota técnica nº 31/2020/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ**. Brasília: MJSP, 2020b. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/NotaTcnica31.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON). **Nota técnica nº 35/2019/CGEMM/DPDC/SENACON/MJ**. Processo nº. 08012.002159/2019-50. Brasília: MJSP, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3aCgSYG>. Acesso em: 20 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 318.873-9 Santa Catarina**. Relator: Ministro Celso de Mello, 2002.

BRASÍLIA. **Decreto nº 40.939, de 02 de julho de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus e dá outras providências. Brasília: Governo do Distrito Federal, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3tLaN3Z>. Acesso em: 20 set. 2020.

COSTA-CABRAL, Francisco et al. EU Competition Law and COVID-19. **TILEC Discussion Paper No. DP2020-007, 2020**. Disponível em: <https://bit.ly/3tHudXe>. Acesso em: 22 set. 2020.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz P. da. Lei da Liberdade Econômica e a defesa da concorrência. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Lei de Liberdade Econômica e seus impactos no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

DONA DE FARMÁCIA é presa no Ceará por subir preço de álcool gel de R\$ 1,99 para R\$ 11,99. **G1 Ceará**, 18 mar. 2020. Disponível em: <https://glo.bo/3epDm0i>. Acesso em: 15 set. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

GAL, Michal S. Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the U.S. and the EC: two systems of belief about monopoly? **The Antitrust Bulletin**, v. 49, n. 1-2, p. 343-384, 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3tI9mmR>. Acesso em: 23 set. 2020.

HENRIQUE, Alfredo. Prefeitura de São Paulo fecha duas lojas por preço abusivo de álcool em gel. **Folha de São Paulo**, 18 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3xi2Nte>. Acesso em: 15 set. 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOTTA, Massimo; STREEL, Alexandre de. Excessive pricing in competition law: never say never? In: KONKURRENSVERKET SWEDISH COMPETITION AUTHORITY. **The Pros and Cons of High Prices**. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/32BjKke>. Acesso em: 22 set. 2020.

MOTTA, Massimo. Price regulation in times of crisis can be tricky. **Daily Maverick**, 22 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2RNB0R4>. Acesso em: 22 set. 2020.

OECD. Organisation for Economic Co-operation and Development. **Exploitative pricing in the time of COVID-19**. Paris: OECD, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3nc9Fnc>. Acesso em: 22 set. 2020.

OECD. Organisation for Economic Co-operation and Development. **Individual and Collective Private Enforcement of Competition Law: insights for Mexico**. Paris: OECD, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3slxmVw>. Acesso em: 20 abr. 2021.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de; CASTRO, Bruno Braz de. Política concorrencial e política consumerista no Brasil: possíveis sugestões para a agenda normativa do CADE. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (org.). **Evolução do antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2018.

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

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomics**. 8. ed. New Jersey: Pearson Prentice Hall, 2010.

O QUE É pandemia e o que muda com declaração da OMS sobre o novo coronavírus. **BBC News Brasil**, 3 fev. 2020. Disponível em: <https://bbc.in/2QqUNpd>. Acesso em: 10 set. 2020.

REZENDE, Gustavo Madi. ALMEIDA, Sílvia Fagá de. Defesa do consumidor e disciplina antitruste. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques; CORDOVIL, Leonor. **Direito Econômico Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 39ª ed. rev., e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova Lei Antitruste Brasileira: avaliação crítica, jurisprudência, doutrina e estudo comparado**. São Paulo: Almedina, 2017.

TAYLOR, Chloe. Sales of hand sanitizer are skyrocketing due to the coronavirus, leading to rationing and price hikes. **CNBC**, 3 mar. 2020. Disponível em: <https://cnb.cx/2Qq2BYk>. Acesso em: 20 set. 2020.

VIEGAS, Cláudia Assunção dos Santos; ALMEIDA, Sílvia Fagá de. Economia da concorrência: estruturas de mercado. In: SCHAPIRO, Mario Gomes; CARVALHO, Vinícius Marques; CORDOVIL, Leonor. **Direito Econômico Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2013.

WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition Law**. 9. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.

WILLIAMS, Mark. Excessive Pricing. In: KONKURRENSVERKET SWEDISH COMPETITION AUTHORITY. **The Pros and Cons of High Prices**. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/32BjKke>. Acesso em: 22 set. 2020.

2

A PARTICIPAÇÃO DE TERCEIROS NO CONTENCIOSO JUDICIAL DO CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES: UMA SISTEMATIZAÇÃO DOS CASOS BRASILEIROS À LUZ DA EXPERIÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA E DA FRANÇA

Third Parties Participation in Merger Control Judicial Litigation: a systematization of the Brazilian cases in the light of the experience of the European Union and France

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo¹

RESUMO

No momento em que são renovadas as discussões sobre a participação de terceiros na esfera administrativa do controle de concentrações, é interessante identificar que este debate é reflexo em controvérsias na seara judicial. Nesse sentido, o presente texto visa a trazer considerações acerca da seguinte questão: qual o papel para os terceiros no contencioso judicial do controle de concentrações no Brasil? A inspiração estrangeira pode auxiliar? A partir da classificação entre terceiros internos e terceiros externos, pretende-se sistematizar e identificar as medidas judiciais potenciais ou já visualizadas por terceiros no Brasil, utilizando-se a experiência europeia e mais particular da França como parâmetro ilustrativo. Conclui-se que a exigência de uma ligação direta com a operação e a efetiva contribuição para a solução do problema concorrencial devem ser os aspectos principais a serem considerados pelos terceiros que atuem no contencioso judicial.

Palavras-chave: Controle de concentrações. Contencioso judicial. Terceiros. Terceiros internos e externos

ABSTRACT

By the time discussions about third parties participation in administrative merger control are resumed,

¹ Doutor em Direito pela Universidade de Paris II. Procurador Federal. Atual Diretor de Soluções Jurídicas e Administrativas da Infraero. Foi Conselheiro e Procurador Geral do Cade (2010 a 2018). E-mail: gilvandrovcaraujo@gmail.com

it is interesting to identify that this debate is reflected in judicial review proceedings. In this sense, this text aims to answer the following question: what is the role of third parties' judicial litigation in merger control in Brazil? Can foreign experience help? Based on the classification between internal and external third parties, it is intended to systematize and identify potential judicial remedies or those already sought by third parties in Brazil, using European experience, particularly the French one, as an illustrative framework. It is concluded that the requirement of a direct link with the operation and the effective contribution to the solution of the competitive problem must be the main aspects to be considered by third parties who act in the judicial litigation.

Keywords: Merger control. Judicial litigation. Third parties. Internal and external third parties.

Sumário: 1. Introdução; 2. Terceiros internos; 2.1 Os trabalhadores; 2.1.1 A participação dos sindicatos de trabalhadores; 2.1.2 O papel do Ministério Público do Trabalho; 2.2 Os acionistas; 2.2.1 Os acionistas majoritários da sociedade investida; 2.2.2 Os acionistas minoritários das sociedades envolvidas; 3. Terceiros externos; 3.1 Os concorrentes; 3.1.1 Os concorrentes diretos; 3.1.2 Os concorrentes indiretos; 3.2 Os clientes e os consumidores; 3.2.1 As empresas clientes; 3.2.2 As associações de consumidores; 4. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em atos de concentração a participação de terceiros é mais usual na esfera administrativa, impugnando e assistindo operações. Na seara judicial, a tradição brasileira é que os requerentes sejam protagonistas, propondo as ações nos casos de reprovação ou aprovação condicionada: as restrições às operações afetam os seus direitos e legitimariam o questionamento da concentração².

Dentro da lógica de afetação de direitos e legitimidade para a atuação no processo, mesmo na esfera administrativa, de tempo em tempo, são renovadas discussões (PEREIRA JR. *et al*, 2020)³ sobre participações de terceiros⁴.

Não se trata de uma questão visualizada apenas no Brasil. Com efeito, diversas discussões sobre o tema também ocorrem em outras jurisdições, como é o caso da União Europeia, em que há debates tanto no âmbito regional, como no nacional, nos Estados-Membros.

Nesse contexto, o presente texto visa a colaborar com a temática a partir das seguintes reflexões: qual papel deve-se defender para os terceiros no controle de concentrações no Brasil? Existem parâmetros dos processos judiciais e das decisões europeias que podem auxiliar nessa avaliação?

Retêm-se, de início, que, na doutrina europeia, Durande e Lloreda (2005) indicam que os

2 Na Europa, ver TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DA COMUNIDADE EUROPEIA (TPICE), 27 de abril de 1995, CCE de la Société générale des grandes sources e.a. / Commission, T-96/92, Rec. p. II-1213, § 26, e TPICE, 27 de abril de 1995, CCE de Vittel e.a. / Commission, T-12/93, Rec. p. II-1247, § 36. Ver também TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (TJUE), 12 de outubro de 2011, Association Belge des Consommateurs tests-achats / Commission, T- 224/10.

3 Nesse sentido, veja-se, por exemplo, o Ato de Concentração nº 08700.006373/2020-61, em que foi indeferido pedido de intervenção como terceiro interessado (cf. Despacho SG nº 101/2021 e Nota Técnica nº 4/2021/CGAA2/SGA1/SG/Cade).

4 Os terceiros assumem grande importância no acompanhamento de compromissos: “um sistema de negociações e compromissos só nos parece portanto admissível se o poder decisório de sancionar o comportamento na ausência de um acordo pertencer ao terceiro, que é um juiz independente” (WALBROECK, 2008, tradução nossa).

terceiros são definidos de maneira negativa, de sorte que são todos aqueles que não fazem parte da operação. Para a professora Laurence Idot (2006, p. 751), Professora de Paris II e ex Conselheira da Autoridade Francesa de Defesa da Concorrência:

os terceiros formam uma categoria heterogênea cujos interesses e, por consequência, direitos podem variar em função das diferentes etapas do processo. Acompanhar o desenrolar deste revela-se o meio mais simples e sem dúvidas mais eficaz de identificar o lugar deles (IDOT, 2006, p. 751).

Os terceiros, assim, poderiam ser divididos em duas categorias: internos e externos. Os terceiros internos são aqueles intimamente ligados às empresas envolvidas na operação, tais quais sócios ou trabalhadores. Os outros terceiros, que são exteriores à empresa, são então chamados de terceiros externos, como os concorrentes, os clientes e consumidores.

A partir dessa classificação de terceiros internos (2) e terceiros externos (3) (IDOT, 2006, p. 751), o texto buscará sistematizar e identificar as medidas judiciais potenciais ou já visualizadas no Brasil, utilizando-se a experiência europeia como inspiração comparativa.

É importante destacar que o presente trabalho não objetiva realizar um estudo de direito comparado, técnica epistemológica específica, com método próprio⁵. O objetivo da utilização da experiência estrangeira é mais modesto, tendo a finalidade de servir como inspiração em alguns aspectos relevantes, com a finalidade de robustecer a avaliação técnico-jurídica da participação de terceiros no contencioso judicial do controle de concentrações no Brasil.

Este é o objetivo central do artigo: descrição do estado da arte da atuação no Brasil de terceiros na matéria referida, a partir dos casos mais relevantes identificados, com a sua sistematização, de onde se buscará visualizar perspectivas futuras. Nesse sentido, também fogem ao escopo do texto questões processuais mais específicas, como condições da ação e instrumentos procedimentais cabíveis.

2. TERCEIROS INTERNOS

A decisão administrativa sobre a operação de concentração pode afetar diretamente ou indiretamente vários interesses. Esses interesses estão atrelados aos aspectos jurídicos e econômicos em função de certas cláusulas contratuais ou dos estatutos das sociedades que fazem parte da operação.

De acordo com Idot (2006, p. 750), aquele que não é uma parte envolvida, mas mantém extrema proximidade com as empresas da operação, enquadra-se como terceiro interno⁶. No Brasil, nessa categoria, podem-se indicar ao menos dois quadros: os trabalhadores (2.1) e os acionistas (2.2).

2.1. Os trabalhadores

5 Nesse sentido, por exemplo, Dantas (1997).

6 É a classificação proposta por Idot (2006, p. 750), ponderando o artigo 11 do Regulamento (CE) nº 802/2004.

Os terceiros internos trabalhadores são os colaboradores das empresas partes das operações⁷. No Brasil, os conflitos entre trabalhadores e empresas têm jurisdição própria, ganhando importância no debate sobre a reivindicação dos interesses desses colaboradores. Como em outras jurisdições, os sindicatos são habilitados a representar os trabalhadores. Mas o Brasil também conta com a participação do Ministério Público do Trabalho (MPT). E tal fato já se mostrou relevante no contencioso nacional.

Nesse tópico, pois, há de se apreciar a judicialização da representação coletiva sindical (2.1.1), e também do órgão estatal responsável pelos interesses dos trabalhadores, o Ministério Público do Trabalho – MPT (2.1.2). Será que haveria espaço para uma relação entre direito dos trabalhadores e impactos concorrenciais?

2.1.1 A participação dos sindicatos de trabalhadores

Os trabalhadores, cerne da criação de valor da empresa, naturalmente podem sofrer os efeitos das operações, como a transferência de mão-de-obra ou as cláusulas de proibição de contratação. Esses efeitos são suscetíveis de impactar parte ou o conjunto dos trabalhadores da empresa.

Foi possível observar, até o presente momento, dois tipos de participação sindical. O sindicato ingressando com uma medida diretamente no Judiciário contra as restrições impostas à operação, no caso do Cade; e na jurisdição europeia, o sindicato como assistente, auxiliando uma das partes envolvidas para a manutenção da decisão administrativa.

No caso Nestlé/Garoto de 2005, operação no mercado de chocolates e que foi reprovada na vigência da Lei nº 8.884/1994 (BRASIL, 1994), o Sindicato dos Trabalhadores em Alimentação e Afins do Espírito Santo se mobilizou contra uma parte da decisão administrativa. A decisão indicava que a operação deveria ser desfeita e “a alienação poderá, a critério do comprador, não incluir todos os ativos correspondentes à capacidade produtiva da empresa alienada”. O Sindicato afirmou que a decisão violava o princípio constitucional do pleno emprego,⁸ tendo em vista que ela poderia ameaçar o emprego dos trabalhadores caso a alienação não compreendesse todos os ativos (STJ, 2010). A ação foi proposta pelo sindicato de trabalhadores de forma concomitante à ação proposta pela Nestlé contra a decisão do Cade de reprovação da operação. As medidas foram processadas diante de TRFs de diferentes regiões do Brasil. O Sindicato propôs uma Ação Civil Pública no Espírito Santo, ou seja, na sede da empresa Garoto, objeto da aquisição; ao passo que a Nestlé propôs o pedido de anulação da decisão do Cade na jurisdição de Brasília, local da sede do Cade⁹. Deixando de lado os problemas processuais em causa, que resultam do contrassenso da possibilidade de se recorrer a várias juris-

7 “Nos países desenvolvidos uma série de fatores tem afetado a evolução do emprego. Entre os principais, fusões e aquisições; rearranjo dos empregos existentes com cortes de excedentes; deslocamento setorial do investimento direto para serviços – comércio, finanças e construção civil – com uso intensivo de tecnologias poupadoras de trabalho. Apesar do aumento do volume de investimento direto nesses países – os seus principais receptores – o crescimento de empregos foi muito modesto” (DUPAS, 1998, p. 129-130).

8 A garantia real de exercer seu direito ao trabalho.

9 Essa duplicidade de ações propostas demonstra que o problema de uma competência partilhada por diversas jurisdições federais, relacionadas a diferentes Tribunais Regionais Federais, enfraquece não apenas a formação da jurisprudência, como também gera a possibilidade plena de conflitos processuais relacionados ao controle de concentrações.

dições em um mesmo caso, o Sindicato demonstrou o seu ativismo para sustentar o interesse dos trabalhadores como fato legitimador da anulação de uma decisão do Cade em ato de concentração.

A mobilização do sindicato contra uma operação de concentração, todavia, não é um fato exclusivo da Nestlé do Brasil. Com efeito, o mesmo ocorreu no âmbito da União Europeia no caso Nestlé/Perrier de 1995, no qual o sindicato dos trabalhadores se insurgiu fortemente contra as obrigações imputadas ao cessionário da operação de concentração¹⁰.

Na União Europeia, ainda, os sindicatos já atuaram judicialmente em um viés de assistência, auxiliando as partes. Como exemplo pode-se destacar o caso francês Canal Plus de 2012, no qual Vivendi e Canal Plus pleiteavam a suspensão da decisão da autoridade antitruste francesa, a *Autorité de la Concurrence* (AdLC). A operação versou sobre a aquisição do controle exclusivo da TPS e do Canal Satellite pela Vivendi Universal e o Grupo Canal Plus. O Sindicato Interprofissional de Rádios e Televisões Independentes (*Syndicat interprofessionnel des radios et télévisions indépendantes - SIRT*) sustentou a manutenção da decisão da autoridade francesa (AdLC) que impôs restrições à operação (CE, 2012). Sua participação se prestou a auxiliar na análise de compromissos assumidos pelos requerentes da operação.

Para além do debate da atuação mais ampla do direito da concorrência (FRAZÃO, 2017), esclarecimentos sobre especificidades da empresa no espectro concorrencial podem surgir em manifestações sindicais. Se o Cade já utiliza a participação de terceiros no processo de acompanhamento de decisões¹¹, não se exclui que a representação dos trabalhadores possa vir a ser útil, dependendo da obrigação assumida pelos requerentes.

2.1.2 O papel do Ministério Público do Trabalho

Os interesses coletivos dos trabalhadores no Brasil, para além da clássica representação através dos sindicatos, foram tutelados por meio ações judiciais propostas pelo Ministério Público do Trabalho.

O Ministério Público do Trabalho (MPT) brasileiro é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, sendo responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis¹². Nesse sentido invoca que a Lei do Ministério Público de 1993 trata da missão da proteção dos interesses coletivos¹³. Já que a coletividade é titular dos “bens protegidos” pelo art. 1º das Leis nº 8.884/1994 e 12.529/2011, o Ministério Público do Trabalho seria considerado parte legítima para se insurgir contra as decisões administrativas. Os Procuradores do Trabalho buscariam garantir uma proteção aos direitos fundamentais e sociais dos

10 TPICE, 27 de abril de 1995, *Comité Central d'entreprises de la Société Générale des Grandes Sources e. a. / Commission*, T- 96/92 R. O cessionário não poderia ser responsabilizado no âmbito do controle de concentrações pelas obrigações que incubiam ao cedente do contrato.

11 Notadamente por meio de *trustees*, contratados pelos requerentes com fins de supervisionar a implementação dos remédios e assegurar a sua efetiva realização (Cade, 2018). Trata-se de medida frequentemente utilizada pelo Cade em caso de Acordos em Controle de Concentração (v.g.: caso Bayer/Monsanto – AC nº 08700.001097/2017-49; caso AT&T/Warner – AC nº 08700.001390/2017-14).

12 Artigo 128, I, “a” e “b”, da Constituição Federal de 1988.

13 Artigo 5º, III, da Lei Complementar nº 75/1993.

cidadãos diante de ilegalidades praticadas nas relações de trabalho¹⁴.

Ainda que o impacto da operação de concentração nas relações de trabalho seja indireto, alguns procuradores sustentaram que o Ministério Público poderia agir quando verificado um dano, mesmo que potencial, aos trabalhadores.

Em um caso de 2013, o Ministério Público do Trabalho de São Paulo acionou a Justiça do Trabalho para obter documentos confidenciais relativos ao caso Citrosuco e Citrovita. Tratava-se de uma operação entre duas empresas que atuavam no mercado de suco de laranja, e a operação fora autorizada condicionada a compromissos. Já que tais empresas empregavam vários trabalhadores na colheita de laranjas, os procuradores solicitaram documentos para na sequência contestar a decisão do Cade, que gerava, segundo eles, “demissões em massa de trabalhadores” (TRT-15, 2013). O MPT ingressou com ação cautelar visando à obtenção de informações negadas pelo Cade, muito embora não tenha finalmente proposto ação contra o mérito da decisão do Cade.

No âmbito da operação de concentração entre as companhias aéreas GOL e WEBJET em 2013 (TRT-1, 2013), o Cade autorizou a operação mais uma vez condicionada a compromissos. Não havia cláusulas no acordo referentes à manutenção dos empregos, mas o Ministério Público do Trabalho destacou que a empresa havia procedido a dispensas vedadas nos compromissos com o Cade¹⁵. Uma vez notificado para informar à Justiça do Trabalho as cláusulas de proteção ao emprego, o Cade indicou não ter constatado violações aos compromissos, inclusive a proibição de demissão de trabalhadores. O fato é que o *Parquet* interpretou os compromissos do Cade com a empresa GOL.

Na França e na União Europeia, uma tal intervenção seria inadequada. Discussões sobre preservação dos empregos relacionadas à concorrência apenas ocorreram na década de 1970 (TJCE, 1977).

O fundamento de eventual ação judicial do MPT é o mesmo que motiva a participação dos sindicatos na operação de concentração: defesa dos trabalhadores. Mas é fato que uma operação de concentração não afeta, em princípio, de forma direta, os direitos dos trabalhadores.

Mesmo que se invoquem certos acordos coletivos que contenham “cláusulas de migração” de empregados para empresas adquirentes ou fundidas, estas cláusulas só legitimariam ação de representação laboral se fossem derogadas ou ab-rogadas pela decisão concorrencial. Mas a tendência é que os aspectos trabalhistas sejam alheios aos impactos concorrenciais da operação.

2.2 Os acionistas

Os terceiros internos acionistas são os que eventualmente possuem mais informações sobre a estrutura da sociedade. Nesse sentido, poderiam trazer elementos relevantes que ensejassem algum

14 No Brasil, o Ministério do Trabalho (extinto em 2019, suas atribuições sendo transferidas para os Ministérios da Economia, da Cidadania e da Justiça e Segurança Pública) é responsável pelas políticas públicas relativas ao trabalho, a se diferenciar da Justiça do Trabalho, ramo do Poder Judiciário que trata exclusivamente de casos que envolvam a relação de trabalho. Enfim, o Ministério Público do Trabalho, que zela pelo respeito à regulamentação do direito do trabalho.

15 “De acordo com o procurador-geral, as demissões não estavam previstas no acordo de fusão das empresas. Camargo afirma que o MPT está estudando uma intervenção em conjunto com outros setores do Ministério Público para questionar o Cade” (BALZA, 2012).

vício, sobretudo de enganiosidade (ARAÚJO, 2015), referente a uma operação de concentração.

No Brasil, de acordo com o artigo 981 do Código Civil, as pessoas que assinam um contrato de sociedade se obrigam reciprocamente a contribuir (em bens ou serviços) para o exercício de uma atividade econômica e a partilha de lucros e perdas decorrentes¹⁶.

Observam-se ações judiciais de acionistas quando existem interesses divergentes entre os terceiros internos. Isso pode-se dar tanto em relação aos acionistas majoritários da sociedade investida (2.2.1) como em relação a acionistas minoritários que teriam um interesse na modificação da decisão administrativa (2.2.2).

2.2.1 Os acionistas majoritários da sociedade investida

No Brasil, a sociedade investida pode ser considerada parte da operação e pode ela mesma notificar a concentração. De acordo com o artigo 4º da Resolução nº 2 do Cade, entende-se por partes da operação as entidades diretamente envolvidas no negócio jurídico notificado, incluindo os grupos econômicos¹⁷.

Os conflitos societários têm trazido para a análise concorrencial um contencioso de destaque.

No caso CSN/USIMINAS de 2011, a CSN adquiriu em bolsa as ações de seu concorrente, a USIMINAS. A operação foi autorizada pelo Cade com restrições, mediante um Termo de Compromisso. Tratava-se possivelmente de um movimento embrionário de uma oferta hostil que não foi concretizada. Durante o cumprimento dos compromissos, a USIMINAS apresentou uma ação contra o Cade, em razão de algumas flexibilizações das obrigações assumidas pela CSN. A USIMINAS aduzia sua condição de sociedade objeto na operação analisada pelo Cade. Sem adentrar no mérito da ação judicial, o fato é que se considerou a USIMINAS legítima para questionar judicialmente o compromisso da CSN.

Na França, no caso Pernod Ricard/Coca Cola, a sociedade cedente (Pernod Ricard) decidiu ingressar com uma ação por excesso de poder após a rejeição da ação judicial da Coca Cola Company (CE, 2000), que havia notificado a operação. Tratava-se da cessão de direitos da marca Orangina pela Coca Cola, vetada pelo Ministro da Economia (então responsável pela decisão da concentração).

As ações judiciais de terceiros internos, assim, podem ter lugar tanto nos casos em que há

16 Na França, o artigo 1832 do Código Civil propõe uma definição similar e dispõe que a sociedade é instituída por duas ou mais pessoas que acordam por um contrato em atribuir a uma empresa comum bens ou sua indústria com vistas a partilhar o lucro ou aproveitar-se da economia resultante. Ela pode ser instituída, nos casos previstos em lei, por ato de vontade de uma única pessoa. Os sócios também concordam em contribuir para as perdas.

17 No direito da União Europeia e na França, a obrigação de notificar recai sobre aquele que adquire o controle ou, no caso de ação conjunta de empresas, a todas estas últimas. Na UE, as concentrações devem ser notificadas conjuntamente pelas empresas quando consistirem em uma fusão ou na aquisição de controle conjunto. Nos outros casos, a notificação deve ser apresentada pela pessoa ou empresa que adquire o controle do conjunto ou de partes de uma ou mais empresas (artigo 4, 2, do Regulamento nº 139/2004). Na França, de acordo com o artigo L.430-3 do Código Comercial, a obrigação de notificação incumbe às pessoas físicas ou jurídicas que adquirem o controle total ou parcial de uma empresa ou, nos casos de uma fusão ou criação de uma *joint venture*, a todas as partes envolvidas, que devem portanto notificar conjuntamente. O conteúdo da documentação é fixado por decreto.

convergência de interesses, como quando os outros acionistas da empresa adquirida querem sustentar um interesse contrário aos acionistas requerentes da operação.

2.2.2 Os acionistas minoritários das sociedades envolvidas

Na fase administrativa do controle de concentrações, há registros de os acionistas minoritários contestarem as decisões tomadas pela direção da empresa, impugnando o ato de concentração. A contrariedade de seus interesses financeiros constitui o fundamento das medidas¹⁸.

Até o momento, a justiça brasileira não se pronunciou sobre medidas judiciais interpostas por acionistas minoritários para contestar uma operação de concentração. Essa situação, porém, é conhecida na União Europeia e na França. Tal situação indica a possibilidade de eventual contencioso no Brasil, tendo em vista a participação desses acionistas na fase administrativa.

No caso TJCE Zunis Holding vs. Comissão de 1993, os acionistas minoritários de um dos requerentes propuseram uma medida judicial demandando a anulação de uma manifestação da Comissão que confirmava que a operação em causa não era uma concentração. Trata-se de um tipo de decisão mais usual no Brasil sob a égide da Lei 8.884/94, as então denominadas decisões de não-conhecimento de uma operação. Os sócios minoritários desejavam o exame da operação como uma concentração e buscavam impedir o aumento do capital social de um acionista, o que poderia afetar o alcance de seus direitos. O argumento era de que suas próprias participações seriam diluídas caso a operação, que eles acreditavam ser uma concentração, pudesse ser autorizada sem o prévio exame dos direitos patrimoniais (TPICE, 1993).

Na França, no caso Sociétés France Antilles (Groupe Hersant Média) de 2007, os acionistas minoritários ingressaram com uma medida contra uma decisão do Ministério da Economia que autorizava sem restrições a operação de concentração. Os acionistas minoritários alegavam que a decisão de autorização impactava negativamente seus direitos (CE, 2007a). A ação foi admitida pelo Conselho de Estado, que anulou a decisão da autoridade administrativa por erro de qualificação jurídica (erro de direito da decisão sobre a concentração).

Para além do debate sobre a admissibilidade ou não dessas medidas judiciais, é preciso destacar que a discussão travada na UE e na França poderá apresentar-se no Brasil sob as mesmas condições, notadamente sob o regime de controle prévio, em que os terceiros são protagonistas dos recursos e há cada vez mais na regulação uma construção de empoderamento dos acionistas minoritários.

3. TERCEIROS EXTERNOS

Ainda na trilha da classificação europeia, os terceiros externos se apresentam como “distantes” das empresas objeto da operação. A distância, todavia, não os deixa menos ativos nas ações judiciais. Ainda que eles não sejam *a priori* diretamente afetados pela operação, eles podem propor

18 No Brasil, por exemplo, no caso julgado pelo CADE em 1º de julho de 2014 (Araucania Participações Ltda. – 08700.002772/2014-04), houve uma tentativa de bloqueio da análise administrativa pelo fato de supostos acionistas da sociedade terem sustentado a resolução de seus direitos patrimoniais antes de o CADE deliberar sobre a operação.

ações de forma autônoma ou em auxílio a uma medida já existente.

Os terceiros externos, de regra, posicionam-se contra as decisões em controle de concentração de operações com um impacto concorrencial substancial para o seu mercado. Deve-se estar atento, contudo, às ações desleais dos terceiros que podem apresentar medidas para “suspender” a decisão administrativa, ainda que sem fundamento ou lastro concorrencial.

Os terceiros mais importantes que intervêm em diferentes etapas do processo administrativo e judicial são os concorrentes (3.1), bem como os clientes e associações de consumidores (3.2). Estes últimos têm suas ações particularmente controversas em matéria de controle de concentração.

3.1 Os concorrentes

Podemos classificar os concorrentes em dois tipos: diretos e indiretos. Os concorrentes diretos são aqueles que vendem produtos ou serviços similares. Os concorrentes indiretos vendem produtos e serviços diferentes, mas em certas circunstâncias intercambiáveis do ponto de vista dos consumidores.

De acordo com Geradin e Petit (2005, p. 21),

Na EU, a questão dos recursos de anulação interpostos por concorrentes apresenta um interesse na medida em que uma abertura demasiado ampla das condições de admissibilidade dos recursos de anulação permitiria igualmente aos operadores prejudicar seus concorrentes contestando, por exemplo, uma decisão pela qual a Comissão aprova uma concentração que gera eficiências substanciais, ou rejeita uma queixa apresentada contra comportamentos agressivos perfeitamente lícitos (GERARDIN; PETIT, 2005, p. 21).

No Brasil, a participação dos concorrentes diretos é considerada principalmente na fase administrativa. Porém, a atuação deles no contencioso judicial não pode ser excluída de avaliação, tanto em razão da maturidade do contencioso de terceiros, como também em observância da experiência na UE. É preciso considerar, portanto, o contencioso relativo aos concorrentes diretos (3.1.1) e o relativo aos concorrentes indiretos (3.1.2).

3.1.1 Os concorrentes diretos

A ausência de contencioso judicial formado por concorrentes diretos no Brasil até o presente pode ser explicada por duas razões. A primeira corresponde ao regime da lei de 1994. Pôde-se observar que no sistema anterior as operações já haviam sido realizadas quando do exame pela autoridade concorrencial. Não havia iniciativa de terceiros de proporem as ações judiciais, considerando as dificuldades de reverter uma tal operação e os custos inerentes ao processo judicial. A segunda razão diz respeito à boa reputação das decisões do Cade. Uma decisão tecnicamente sólida tem as chances de sucesso do concorrente bastante reduzidas. A mudança para a análise prévia ainda não suscitou a mudança desse estado da arte.

A participação de concorrentes diretos na interposição de ações contra as decisões do CADE, porém, pode-se tornar uma realidade, dada a atuação crescente dos concorrentes diretos no contencioso judicial nos países que adotaram o controle prévio. Parte das ações judiciais movidas no exterior refere-se a aspectos já discutidos atualmente no Brasil, o que pode reforçar a ideia de um contencioso futuro.

Na França, por exemplo, o caso M6 tratou de possíveis argumentos de terceiros interessados e seu papel no processo. Abordaram-se os erros de avaliação da autoridade sobre os efeitos da operação no mercado (CE, 2007b). No caso Fiducial Informatique, a anulação da decisão do Ministro da Economia pelo Conselho de Estado ocorreu após um recurso apresentado por um concorrente direto em razão da alegação de erro de avaliação sobre a rivalidade das empresas (CE, 2005).

O que poderá ser discutido é a exigência europeia de que o concorrente seja direta e individualmente envolvido. De acordo com o artigo 263, 4, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), uma pessoa física ou jurídica apenas pode ingressar com medidas contra os atos que lhe digam direta e individualmente respeito. Tais observações referem-se, sobretudo, à apreciação dos efeitos da concentração sobre os diferentes mercados geográficos e de produto, bem como à apreciação da eficácia da decisão ou dos compromissos (TPICE, 2003).

3.1.2 Os concorrentes indiretos

No Brasil já existe um exemplo de judicialização de concorrentes indiretos face à decisão do Cade. Na ocasião, a atuação se deu em apoio à decisão contra a qual se insurgiu o requerente da operação.

A operação GLN/Gemini tratava de uma *joint venture* entre o fornecedor exclusivo de gás natural, Petrobras, e a empresa White Martins, que transformava o gás natural em gás liquefeito. Em razão da regulamentação em vigor, o fornecedor Petrobras não era autorizado a exercer uma atividade de venda. A operação de concentração foi aprovada com restrições unilaterais impostas pelo Cade, relativas à transparência sobre a formação dos preços praticados pela Petrobras em relação a sua *joint venture* com a Gemini. O concorrente indireto, Comgás, que vendia gás natural, apoiou o Cade na ação judicial interposta pela Gemini contra a decisão administrativa (DF, 2014). A sociedade Comgás apresentou ao juiz um estudo complementar que reforçava a decisão do Cade. Defendeu a Comgás, que se encontrava a jusante na cadeia de produção, que era essencial uma transparência na formação dos preços praticados pela Petrobras em relação a sua *joint venture*, GNL/Gemini, que tinha sido a decisão do Cade.

A participação de concorrentes para auxiliar na defesa da decisão administrativa deve estar atrelada à apresentação de documentos e estudos complementares, robustecendo a lógica de se exigir que o concorrente seja direta e individualmente envolvido.

3.2 Os clientes e os consumidores

Os clientes e os consumidores podem ser enquadrados como terceiros externos. Na análise concorrencial do Cade, nos termos do Guia de Concentrações Horizontais, eles são importantes na

instrução dos casos:

Os consumidores podem ser consultados quanto a questionamentos sobre a operação e o mercado envolvido, como: em que medida desviam sua demanda ou consideram a possibilidade de desviá-la em função de mudanças nos preços relativos; se, no passado, desviaram ou cogitaram desviar compras, em resposta a tais mudanças; se há possibilidade de segmentação de mercado (com diferenciação de preços ou qualquer outra forma de discriminação) que permita às empresas adotarem estratégias comerciais diferentes (Cade, 2016, p. 12)

Sob essa ótica, na jurisprudência, podem-se identificar casos em que não apenas empresas clientes das sociedades envolvidas na operação (3.2.1), mas também de consumidores, que geralmente defendem seus interesses por meio de associações, intervieram (3.2.2).

3.2.1 As empresas clientes

Na fase administrativa, o conhecimento sobre o que se passa no mercado é o aspecto mais importante para evitar análises imprecisas sobre o funcionamento e o impacto da operação.

Considerando esse conhecimento do mercado, espera-se que os clientes acionem o Judiciário não apenas contra a autorização de uma operação, mas igualmente no que se refere aos acordos firmados com o Cade. Os compromissos podem ser objeto do contencioso em controle de concentrações.

No Brasil, a Associação dos Distribuidores dos Produtos Ambev do Estado de São Paulo aduziu que a fusão entre as empresas Brahma e Antartica, que criou a sociedade Ambev, havia gerado um crescimento da participação de mercado problemática. A situação se agravou quando da renovação de seu contrato com a Ambev. Os distribuidores argumentaram que o Cade e a Ambev eram responsáveis pelo seu prejuízo¹⁹. A existência de um compromisso vigente entre Cade e empresas pode estimular que relações privadas possam ensejar um debate sobre “conformidade” da aprovação das concentrações mediante restrições.

Mais recentemente, observou-se uma ação judicial de cliente no caso Bureau de Crédito de 2017 (DF, 2017). A operação referia-se a uma *joint venture* de bancos no Brasil que criou o “bureau de crédito” para a obtenção das informações de crédito dos consumidores dos serviços bancários. Visto que se tratava de uma integração vertical, o Cade obteve o compromisso de não-discriminação entre a *joint venture* e outros concorrentes do mercado a jusante. A Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil apresentou medida judicial visando a tornar públicos todos os compromissos assumidos pelo bureau de crédito no âmbito da operação de concentração.

Na Europa, no caso *Wirtschaftskammer Kärnten* do então Tribunal de Primeira Instância da Comunidade Europeia (TPICE) de 2006, o organismo de direito público austríaco *Wirtschaftskammer Kärnten*, responsável por representar nos processos de concorrência os interesses das entidades

¹⁹ TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO (TRF3), 1º de março de 2012, Ambev São Paulo, processo nº 2005.61.00.025506-2/SP.

sediadas na região de *Kärnten* – no caso os distribuidores de energia – interpôs uma medida judicial contra os efeitos diretamente prejudiciais que poderiam resultar da operação de concentração entre as sociedades *Österreichische Elektrizitätswirtschafts-AG* e *EnergieAllianz* (TPICE, 2006). Para o Tribunal, uma das hipóteses nas quais uma associação de empresas, que não é a destinatária do ato atacado, é individualmente envolvida por este se apresenta precisamente quando a associação tem um interesse próprio de agir, sobretudo porque sua posição de negociador foi afetada pelo ato cuja anulação se pleiteia.

Esses casos, tanto no Brasil como na Áustria, destacam de que forma clientes questionam uma decisão da autoridade da concorrência que os prejudicaria, em tese.

3.2.2 As associações de consumidores

De acordo com o artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, o consumidor é definido como toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. De regra, as objeções dos consumidores contra as operações de concentração são ligadas à possibilidade de um aumento de preços decorrente da operação²⁰.

No Brasil, até o momento, não se observou a interposição de recursos judiciais por associações de consumidores contra decisões da autoridade de concorrência em matéria de controle de concentrações. Duas razões explicam essa situação. Primeiramente, os consumidores são mais propensos a agir contra os vícios dos produtos e serviços na sua relação direta de consumo. Em segundo lugar, os custos de interposição de ações judiciais (advogados, estudos econômicos) são elevados e constituem uma barreira efetiva para as associações de consumidores finais.

O Código de Processo Civil (NCPC) brasileiro, todavia, poderá facilitar a participação dessas associações por meio do procedimento de *amicus curiae*. As informações trazidas pelas associações podem ser levadas em consideração pelo juiz se contribuírem positivamente para a solução do caso²¹.

É necessário, porém, observar que a mera eventualidade de apresentação dessas ações deve ser muito relativizada, sobretudo considerando o que ocorre na França e na União Europeia.

O direito francês não é favorável a medidas judiciais interpostas por associações de consumidores em controle de concentrações²². No direito da União Europeia, este debate já veio à tona: a

20 “A criação de mais uma gigante no setor de varejo a partir da união das redes Insinuante e Ricardo Eletro vai diminuir o poder de negociação da indústria, segundo representantes do setor de eletrodomésticos. Esse movimento de fusão entre redes médias, porém, já era esperado pelo setor industrial a partir da união do grupo Pão de Açúcar com as redes Ponto Frio e Casas Bahia no ano passado. ‘Existe hoje uma situação de mercado em que a competição é intensa entre as redes que comercializam produtos considerados commodities, como os eletrodomésticos. Uma forma de ganhar mais dinheiro é com o aumento de participação de mercado, já que os preços desses produtos são conhecidos dos consumidores’, afirma Cláudio Felisoni, presidente do conselho do Provar-FIA (Programa de Administração de Varejo da Fundação Instituto de Administração)” (FERNANDES, 2010).

21 Artigo 138 da Lei 13.105/2015.

22 Ele tende a ser favorável à participação das associações de consumidores em ações judiciais referentes a práticas anticoncorrenciais. Os recursos são facilitados caso as associações já façam parte do processo administrativo, ainda que elas não possam apresentar recursos visando à anulação das decisões da autoridade da concorrência (IDOT, 2011).

Associação Belga de Consumidores de Energia apresentou medida judicial aduzindo problemas de compatibilidade de uma operação com o mercado comum (caso COMP/M.5549 – EDF/Segebel)²³. A ação foi julgada inadmissível, sobretudo porque se referia ao mérito da operação.

Embora a participação de consumidores na interposição de medidas judiciais pareça ser inconveniente, como pôde-se constatar no direito francês e da União Europeia, é certo que a ideia da lei brasileira a respeito da obrigatoriedade de repasse aos consumidores dos benefícios decorrentes da operação fará os juízes refletirem sobre a extensão da participação dos consumidores no contencioso judicial. E talvez a solução francesa não se reproduza no Brasil.

4. CONCLUSÃO

No contexto atual em que a participação de terceiros na esfera administrativa do controle de concentrações tem ganhado mais relevância no âmbito do Cade, tal atuação poderá ser avaliada à luz da participação dos terceiros no contencioso judicial no Brasil e na União europeia.

Como visto, sob a legislação brasileira, os terceiros podem ter participação em processos judiciais que questionam decisões administrativas do Cade em controle de estruturas, seja inaugurando uma demanda ou intervindo em feitos já iniciados.

Alguns exemplos podem ser encontrados na jurisprudência, como ações judiciais propostas por sindicatos de trabalhadores, pelo Ministério Público do Trabalho, acionistas da sociedade investida, concorrentes indiretos e clientes. Outros casos identificados na experiência estrangeira ainda não se reproduziram no Brasil, referentes à participação, v.g., de acionistas minoritários das sociedades envolvidas, concorrentes e consumidores.

No exame de tais casos, constatou-se que a exigência de uma ligação direta com a operação e a efetiva contribuição para a solução do problema concorrencial devem ser os aspectos principais a serem considerados pelos terceiros que atuem no contencioso judicial. Trata-se de uma lógica de ação de agente prejudicado ou *amicus curiae* diferenciado, esta que vem sendo corroborada no Código de Processo Civil. Para a admissibilidade desses terceiros, sem adentrar em aspectos processuais mais destacados, deve-se buscar a demonstração dos prejuízos diretos ocasionados pela operação, ou a efetiva contribuição para solução do problema concorrencial.

5. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Gilvandro de. A Judicialização da Defesa da Concorrência após a Lei 12.529/2011: A Emergência da Enganosidade? In: CARVALHO, Vinícius Marques de (org.). **A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2015. p. 115-126.

BALZA, Guilherme. Justiça do Trabalho determina que Gol reintegre funcionários da Webjet demitidos. **UOL**, São Paulo, 7 dez. 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3eGW8S1>. Acesso em: 21 jan. 2021.

23 TJUE, 12 de outubro de 2011, ABSL, T-224/10. O Tribunal destacou que a decisão de autorização da concentração, no que se refere aos consumidores, referia-se ao possível aumento de preço de eletricidade e de gás. Além disso, ela diria respeito a todos os consumidores residentes no mercado geográfico e atingidos da mesma forma. Assim, a decisão não preenchia a condição de individualização prevista no artigo 263, 4, do TFUE.

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.

CONSEIL D'ÉTAT (CE), 6 de outubro de 2000, Pernod-Ricard, caso nº 216645.

CONSEIL D'ÉTAT (CE), 20 de julho de 2005, Fiducial Informatique et Fiducial Expertise, caso nº 279180.

CONSEIL D'ÉTAT (CE), 27 de junho de 2007b, M6, caso nº 278652.

CONSEIL D'ÉTAT (CE), 21 de dezembro de 2012, Groupe Canal Plus, caso n. 362347.

CONSEIL D'ÉTAT (CE), 31 de janeiro de 2007a, Société France Antilles, caso nº 294896.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). **Guia – Análise de Atos de Concentração Horizontal**. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3odyZKo>. Acesso em: 4 mar. 2021.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). **Guia – Remédios Antitruste**. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3gwRGXi>. Acesso em: 1º fev. 2021

DANTAS, Ivo. Direito Comparado como Ciência. **Revista de Informação Legislativa**, v. 34. n. 134, p. 231-250, abr./jun. 1997.

DISTRITO FEDERAL. Justiça Federal do Distrito Federal (JFDF). **Processo nº 1009784-42.2016.4.01.3400**, CACB, 1º fevereiro de 2017.

DISTRITO FEDERAL. Justiça Federal do Distrito Federal (JFDF). **Processo nº 2007.34.00.005245-0**, GNL, 20 de junho de 2014.

DUPAS, Gilberto. A lógica da economia global e a exclusão social. **Estudos Avançados**, v. 12, n. 34, p. 129-130, 1998.

DURANDE, Serge; LLOREDA, Aitor Montesa. Les droits des tiers dans les procédures concurrences devant la Commission européenne. **Concurrences**, Paris, n. 4, p. 34-44, 2005.

FERNANDES, Fátima. Indústria reclama de concentração no varejo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 30 mar. 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3uHL64P>. Acesso em: 20 jan. 2021.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: Pressupostos e Perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

GERADIN, Damien; PETIT, Nicolas. Droit de la concurrence et recours en annulation à l'ère postmodernisation. **The Global Competition Law Centre Working Papers Series GCLC Working Paper 06/05**, Bruges, p. 21, 2005. Disponível em: <https://bit.ly/33K8p1H>. Acesso em : 20 jan. 2021.

IDOT, Laurence. Le rôle des consommateurs dans le public enforcement. In: CARLTON, Dennis et al. (org.). **New frontiers of antitrust**. Bruxelas: Bruylant, 2011. p. 105-122.

IDOT, Laurence. Les droits des tiers dans la procédure administrative de contrôle des concentrations – Aspects du droit français. **Revue internationale de droit comparé**, v. 58, n. 3, p. 747-769, 2006.

PEREIRA JR., Ademir Antônio et al. Retrospectiva 2020 – Casos difíceis marcam o ano do Direito Concorrencial brasileiro. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 dez. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2R-52Qsh>. Acesso em: 1º fev. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ), 8 de junho de 2010, Sindialimentação / Cade e Nestlé, REsp nº

1.163.560/RJ.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (TJCE), 11 de janeiro de 1996, Zunis Holding e.a. / Commission, C-480/93 P.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (TJCE), 25 de outubro de 1977, Metro / Commission, caso nº 26/76.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (TJUE), 12 de outubro de 2011, Association Belge des Consommateurs tests-achats / Commission, T- 224/10.

TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DA COMUNIDADE EUROPEIA (TPICE), 3 de abril de 2003, Babyliss / Commission, T-114/02.

TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DA COMUNIDADE EUROPEIA (TPICE), 27 de abril de 1995, CCE de la Société générale des grandes sources e.a. / Commission, T-96/92.

TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DA COMUNIDADE EUROPEIA (TPICE), 27 de abril de 1995, Comité Central d'entreprises de la Société Générale des Grandes Sources e. a. / Commission, T- 96/92 R.

TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DA COMUNIDADE EUROPEIA (TPICE), 27 de abril de 1995, CCE de Vittel e.a. / Commission, T-12/93.

TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DA COMUNIDADE EUROPEIA (TPICE), 28 de outubro de 1993, Zunis Holding e.a. / Commission, T-83/92.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO da 1ª REGIÃO (TRT-1), 8 de março de 2013, Ministério Público do Trabalho / VRG linhas aéreas SA e Webjet Linhas Aéreas SA, Processo nº 1618/23.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO (TRF3), 1º de março de 2012, Ambev São Paulo, processo nº 2005.61.00.025506-2/SP.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 15ª REGIÃO (TRT-15), 11 de maio de 2013, Ministério Público do Trabalho / Cade, Processo nº 0011506-28.2013.5.15.0081.

WAELEBROECK, Denis. Le développement en droit européen de la concurrence des solutions négociées (engagements, clémence, non-contestation des faits et transactions): que va-t-il rester aux juges. **The Global Competition Law Centre Working Papers Series GCLC Working Paper 01/08**. Bruges, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3fctfwi>. Acesso em: 7 abr. 2015.

3

O artigo de nº 3 foi retirado do v. 9 n. 1 da Revista de Defesa da Concorrência, após decisão da Coordenação Editorial , que constatou que o texto não era inédito.

O artigo de nº 3 foi retirado do v. 9 n. 1 da Revista de Defesa da Concorrência, após decisão da Coordenação Editorial , que constatou que o texto não era inédito.

O artigo de nº 3 foi retirado do v. 9 n. 1 da Revista de Defesa da Concorrência, após decisão da Coordenação Editorial , que constatou que o texto não era inédito.

O artigo de nº 3 foi retirado do v. 9 n. 1 da Revista de Defesa da Concorrência, após decisão da Coordenação Editorial , que constatou que o texto não era inédito.

O artigo de nº 3 foi retirado do v. 9 n. 1 da Revista de Defesa da Concorrência, após decisão da Coordenação Editorial , que constatou que o texto não era inédito.

O artigo de nº 3 foi retirado do v. 9 n. 1 da Revista de Defesa da Concorrência, após decisão da Coordenação Editorial , que constatou que o texto não era inédito.

O artigo de nº 3 foi retirado do v. 9 n. 1 da Revista de Defesa da Concorrência, após decisão da Coordenação Editorial , que constatou que o texto não era inédito.

O artigo de nº 3 foi retirado do v. 9 n. 1 da Revista de Defesa da Concorrência, após decisão da Coordenação Editorial , que constatou que o texto não era inédito.

O artigo de nº 3 foi retirado do v. 9 n. 1 da Revista de Defesa da Concorrência, após decisão da Coordenação Editorial , que constatou que o texto não era inédito.

O artigo de nº 3 foi retirado do v. 9 n. 1 da Revista de Defesa da Concorrência, após decisão da Coordenação Editorial , que constatou que o texto não era inédito.

O artigo de nº 3 foi retirado do v. 9 n. 1 da Revista de Defesa da Concorrência, após decisão da Coordenação Editorial , que constatou que o texto não era inédito.

O artigo de nº 3 foi retirado do v. 9 n. 1 da Revista de Defesa da Concorrência, após decisão da Coordenação Editorial , que constatou que o texto não era inédito.

O artigo de nº 3 foi retirado do v. 9 n. 1 da Revista de Defesa da Concorrência, após decisão da Coordenação Editorial , que constatou que o texto não era inédito.

O artigo de nº 3 foi retirado do v. 9 n. 1 da Revista de Defesa da Concorrência, após decisão da Coordenação Editorial , que constatou que o texto não era inédito.

O artigo de nº 3 foi retirado do v. 9 n. 1 da Revista de Defesa da Concorrência, após decisão da Coordenação Editorial , que constatou que o texto não era inédito.

O artigo de nº 3 foi retirado do v. 9 n. 1 da Revista de Defesa da Concorrência, após decisão da Coordenação Editorial , que constatou que o texto não era inédito.

4

A FUSÃO ENTRE AS EMPRESAS CASAS BAHIA E PONTO FRIO: EFETIVIDADE E CELERIDADE DA ANÁLISE PELO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

The merger between Casas Bahia and Ponto Frio: effectiveness and celerity of the analysis by the Brazilian Competition Defense System and legislative evolution

Emerson Ademir Borges de Oliveira¹

André Luis Cateli Rosa²

Josiane Schramm da Silva³

RESUMO

O presente artigo visa analisar a efetividade e celeridade do SBDC quanto à prevenção/repressão ao abuso do poder econômico e à garantia da livre concorrência, em especial no tocante aos atos de concentração econômica relativos à fusão entre Casas Bahia e Ponto Frio, realizada sob a égide da Lei n. 8.884/94. Estabelece um contraponto com as inovações trazidas pela Lei n. 12529/11, especificamente quanto às alterações referentes à instrução, decorrentes da reestruturação do SBDC, bem como a novidade do caráter prévio do exame dos atos de concentração. São demonstrados dados empíricos dos primeiros anos de vigência da novel legislação. O método de abordagem a ser seguido é o indutivo, uma vez que se partiu de um caso concreto para analisar a viabilidade das alterações. Por fim, observou-se que as inovações implementadas pela nova Lei Antitruste trouxeram maior ce-

1 Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Coordenador-Adjunto e Professor Permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília. Advogado e parecerista. E-mail: emerson@unimar.br

2 Doutor em Direito pela Universidade de Marília. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília. Especialista em Liderança e Coaching para Gestão de Pessoas. Educador e Assessor Jurídico do Banco do Brasil S/A. Administrador e Advogado sócio-fundador do Escritório Cateli & Bordenal Advogados. Professor dos Cursos de Administração, Ciências Contábeis e Engenharia Civil do Centro Universitário das Faculdades Integradas de Ourinhos – UNIFIO. E-mail: andrecateli@gmail.com

3 Mestranda em Direito pela Universidade de Marília. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Mato Grosso. E-mail: josiss@terra.com.br

leridade, efetividade e segurança jurídica à análise dos atos de concentração econômica.

Palavras-chave: Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Concentração Econômica. Livre concorrência. Efetividade. Evolução legislativa.

ABSTRACT

The paper aims to analyze the effectiveness and celerity of the SBDC regarding the prevention/repression of the abuse of economic power and the guarantee of free competition, especially with regard to the acts of economic concentration related to the merger between Casas Bahia and Ponto Frio, carried out under the aegis of Law n. 8.884/94. In this respect, a counterpoint is established with the innovations brought by Law n. 12.529/11, specifically regarding the alterations referring to the instruction, resulting from the restructuring of the SBDC, as well as the novelty of the previous character of the examination of mergers. For this, empirical data from the first years of the new legislation's validity are demonstrated. To obtain the results sought by the research, the approach method to be followed is the inductive one, since a concrete case was started to analyze the feasibility of the changes. Finally, it was observed that the innovations implemented by the new Antitrust Law brought greater speed, effectiveness and legal certainty to the analysis of acts of economic concentration.

Keywords: Brazilian Competition Defense System. Economic Concentration. Free competition. Effectiveness. Legislative development.

Classificação JEL: K21 e K23.

Sumário: 1. Introdução; 2. Princípios gerais da atividade econômica e eficiência; 3. O papel do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência na análise dos atos de concentração horizontal e a evolução legislativa; 4. Análise da fusão entre Casas Bahia e Ponto Frio pelo SBDC; 4.1. Pareceres emitidos pela Secretaria de Acompanhamento Econômico; 4.2. Análise do mérito pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 5. Efetividade e celeridade da atuação do SBDC no caso concreto e os reflexos das inovações trazidas pela Lei n. 12.529/2011; 6. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal Brasileira mescla aspectos das doutrinas liberal e social, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, antevendo um modelo capaz de conduzir a atividade empresarial, assegurando a livre concorrência de forma eficiente para a sociedade, todavia, oferecendo a tutela necessária para garantir os direitos dos consumidores e impedir atos de concentração empresarial.

Para tanto, como forma de manter o equilíbrio entre os anseios econômicos e os interesses da sociedade, no Brasil, qualquer ato que possa prejudicar a livre concorrência ou resultar em dominação de mercados relevantes de bens ou de serviços, deve ser submetido à apreciação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), seja de forma preventiva, repressiva ou educativa.

Diante dessa conjuntura, o objetivo deste trabalho é examinar a efetividade e a celeridade do SBDC, exercidas por meio de seus órgãos, quanto à repressão e prevenção ao abuso do poder

econômico e à garantia da livre concorrência, especificamente por meio da análise da evolução legislativa que ocorreu com a inserção da Lei n. 12.529/11, ao substituir a Lei n. 8.884/94, utilizando-se de estudo de caso contrato, qual seja, as operações decorrentes da fusão entre as empresas Casas Bahia e Ponto Frio (Atos de Concentração n. 08012.004857/2009-18 e n. 08012.010473/2009-34), para demonstrar quão complexa era a sistemática na vigência da lei antiga.

Com esse intuito, inicialmente se abordará os princípios gerais da atividade econômica e a eficiência que deles se espera para a sociedade, buscando na sequência esclarecer o papel do SBDC no controle dos atos de concentração horizontal que impliquem em abuso à livre concorrência, capazes de justificar a intervenção do Estado na economia, tendo em vista a positivada livre concorrência no texto constitucional.

Após, demonstrar-se á a evolução legislativa com as principais mudanças introduzidas no ordenamento jurídico pela Lei n. 12.529/11, para na sequência realizar um estudo do processo de fusão entre Casas Bahia e Ponto Frio, por meio de análise dos argumentos utilizados nos pareceres emitidos pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), acompanhados pelos despachos proferidos pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), bem como na análise do mérito pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

Em seguida, estabelecer-se-á um contraponto entre a análise do caso concreto e as alterações trazidas pela nova Lei Antitruste, no que concerne à reestruturação do SBDC e à competência dos seus órgãos quanto à instrução dos atos de concentração a ele submetidos, assim como a implementação da obrigatoriedade da apresentação prévia dos atos de concentração.

Para a obtenção dos resultados almejados pela investigação, o método de abordagem estabelecido, a princípio, foi o indutivo, utilizando-se da análise dos atos de concentração relativos ao processo de fusão entre Casas Bahia e Ponto Frio pelo SBDC, realizado na vigência da Lei n. 8.884/94, e na sequência utilizou-se de técnicas de jurimetria⁴ para aferir se as inovações trazidas pela Lei n. 12.529/11 poderiam ter resultado mais efetivo e mais célere ao caso e, conseqüentemente, se suas alterações foram positivas.

Por fim, observou-se que as inovações implementadas pela nova Lei Antitruste, trouxeram maior celeridade, efetividade e também segurança jurídica à análise dos atos de concentração econômica, o que pode ser visto de forma muito positiva para a sociedade.

2. PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA E EFICIÊNCIA

Os princípios gerais da atividade econômica estão fixados no art. 170 da Constituição Fede-

⁴ Nas palavras da Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ), ela pode ser definida como “a estatística aplicada do Direito”. Trata-se de uma disciplina que utiliza dados matemáticos e estatísticos, portanto concretos, para compreender tendências, posicionamentos e repetições que acontecem dentro do Direito, uma ciência abstrata. A jurimetria serve para que se possa compreender melhor decisões, mudanças e convenções que acontecem dentro do mundo jurídico, a fim de se entender melhor quais podem ser os caminhos que um juiz adotaria em uma sentença ou quais desdobramentos um litígio poderia tomar (FACHINI, 2019).

ral⁵, destacando-se, na presente investigação, a soberania nacional (inciso I), a livre concorrência (inciso IV) e a defesa do consumidor (inciso V) (BRASIL, 1988).

Ao trazer como princípios a livre concorrência e a defesa do consumidor, a Constituição Federal faz valer que a concorrência deve existir de forma que nenhuma exploração econômica possa atingir os consumidores nos direitos a eles outorgados, o que justifica o controle pelo Estado dos atos que possam configurar concentração econômica.

Acrescente-se a isso que resta consagrado no ordenamento jurídico a característica do risco da atividade, ou seja, ao produzir produtos ou prestar serviços, quem deve correr o risco do negócio é sempre o fornecedor, e nunca o consumidor, de forma que a concentração econômica não pode sob qualquer hipótese tolher dos consumidores sua liberdade de escolha.

A Constituição Federal assegura a liberdade aos particulares de ingressarem no mercado e de organizarem os fatores de sua atividade, capital, mão de obra, matéria-prima e tecnologia, de acordo com a atividade que irão realizar, bem como conduzir a produção da forma que julgarem melhor para os seus investimentos; entretanto, garante também a livre concorrência e a defesa do consumidor (BRASIL, 1988).

A livre iniciativa traduz-se no direito que todos têm de se lançar ao mercado de produção de bens e serviços por sua conta e risco ou como garantia da legalidade: liberdade de iniciativa econômica é liberdade pública precisamente ao expressar não sujeição a qualquer restrição estatal, senão em virtude de lei (PETTER, 2008, p. 178).

Entretanto, essa liberdade de iniciativa não deve ser entendida como total, haja vista que cabe ao empresário o livre-arbítrio de decidir o que e como produzir, a forma e o local desta produção e onde os bens serão distribuídos com vistas ao público consumidor, porém sem se esquecer de que por trás dessa liberdade a atividade econômica deve limitar-se aos fins e interesses sociais.

A esse respeito, Bastos e Martins destacam que “o importante, contudo, é notar que a regra é a liberdade. Qualquer restrição a esta há de decorrer da própria Constituição ou de leis editadas com fundamento nelas” (BASTOS; MARTINS, 2000, p. 18).

Isso não significa que a intervenção do Estado no domínio econômico possa agir contra o desenvolvimento da iniciativa privada, mas que tem a pretensão de buscar o equilíbrio do setor privado quando este ultrapassar os limites da lei e contrariar interesses da sociedade. Observa-se uma tendência social, concomitantemente com o desenvolvimento econômico de natureza capitalista (VASCONCELOS; GENOVEZ, 2013, p. 142).

Na esteira desse entendimento, tem-se então que, ao mesmo tempo em que a Constituição Federal assegura a livre iniciativa empresarial, determina também que sua atuação seja voltada

5 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (BRASIL, 1988)..

ao bem-estar da sociedade (BRASIL, 1988). Isso significa que esta liberdade não é absoluta, já que encontra limites nas questões sociais e que, muito embora o Estado seja liberal, pode intervir na atividade empresarial sempre que necessário para evitar condutas abusivas.

Portanto, o postulado da livre iniciativa, nas palavras de Tavares (2011, p. 234):

[...] tem uma conotação normativa positivada, significando a liberdade garantida a qualquer cidadão, e uma outra conotação que assume viés negativo, impondo a não intervenção estatal, que só pode se configurar mediante atividade legislativa que, acrescentando-se, há de respeitar os demais postulados constitucionais e não poderá anular ou inutilizar o conteúdo mínimo da livre iniciativa (TAVARES, 2011, p. 234).

Assim, a livre iniciativa é termo de conceito extremamente amplo. Inicialmente, expressa desdobramento da liberdade; entretanto, não se pode reduzi-la meramente à feição que assume como liberdade econômica ou liberdade de iniciativa econômica, haja vista que não consagra a liberdade absoluta de iniciativa econômica (GRAU, 2008, p. 184).

Tem-se, então, que se trata de um princípio constitucional limitado pela própria Constituição Federal, dada a necessidade de preservação dos demais princípios.

Seu limite não se depreende apenas da atitude positiva do Estado em atuar para coibir e corrigir práticas do mercado que infrinjam a livre iniciativa. O princípio se desdobra também em atitudes negativas. Nesse contexto, as leis restritivas de liberdade de iniciativa econômica, como as que refutam os atos de concentração econômica, objeto da presente investigação, devem observar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, funcionando como um limite negativo à atuação do legislador (PETTER, 2008, p. 180-181).

Entretanto, vale ressaltar que a restrição da liberdade econômica em função da preservação dos direitos fundamentais deve ser sempre vista com ressalvas, haja vista que as relações econômicas se estabelecem dentro, e não fora da sociedade. Nas palavras de Timm (2008, p. 102), “não há ontologicamente (senão cientificamente) como separá-las”.

O mesmo autor acrescenta que:

Ainda que admitida uma separação parcial entre sistema econômico e sociedade, ainda assim não há como descurar que o papel deste subsistema econômico para o grande sistema social é a geração de riquezas [...] Assim, o subsistema econômico atende a uma função no sistema social que é a geração de riquezas. E dentre os modelos até hoje experimentados ao longo do século XX, o modelo ou modo de produção que gera maior riqueza social (ou renda nacional ou produto nacional), é o sistema capitalista; por isso é ele que traz as condições materiais para que a maioria saia ganhando. Se as instituições políticas nacionais são deficientes e não há redistribuição das riquezas geradas no âmbito do sistema econômico este problema diz mais respeito ao subsistema político do que ao econômico (TIMM, 2008, p. 103).

Isso porque, em uma sociedade baseada em um sistema de produção capitalista, grande parte da população encontra a satisfação de suas necessidades e desejos nos frutos das atividades empresariais e negociais. “Seja para obtenção de produtos e serviços relacionados à subsistência, seja para satisfazer os anseios do lazer e do consumismo, seja ainda como fonte de renda, as atividades empresariais têm influência diária na vida de todos os indivíduos” (LANA; PIMENTA, 2020, p. 264).

Infere-se assim que o sistema político possui crucial importância na adequada tutela dos princípios sociais e gerais da atividade econômica, devendo ponderar, de maneira racional, possíveis interferências do Estado na livre iniciativa, haja vista que não é possível resguardar a dignidade da pessoa humana sem a produção de riquezas, o que deve ser levado em consideração pelo SBDC na análise de casos concretos, ao interpretar a Lei n. 12.529/2011.

Abordando-se a previsão da livre concorrência, prevista no inciso IV do mesmo art. 170 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), verifica-se, vez mais, que este implica proteção para o consumidor. Isso porque a livre concorrência, via de regra, resulta em melhores produtos e serviços para o consumidor, com preços iguais ou até mais atrativos.

Com efeito, o Estado deve estimular a livre concorrência e o desenvolvimento de novos produtos, evitando-se atos de concentração econômica que caminhem na contramão desse entendimento, com o intuito de proporcionar produtos e serviços melhores com menores preços.

Vale ressaltar que os princípios gerais da atividade econômica, bem como os demais princípios constitucionais aqui apresentados, devem ser aplicados pelo Estado visando a eficiência, que também foi consagrada como princípio constitucional.

A eficiência foi inserida como um dos princípios norteadores da Administração Pública, que passa a ser vista como um dever, com o intuito de que seus agentes realizem suas atividades com presteza e perfeição, a fim de alcançar a satisfação do bem comum, produzindo resultados positivos que supram às necessidades da população com a finalidade de proporcionar serviços públicos realizados com adequação à sociedade e executados sem desperdício de recursos, em tempo hábil e sem burocracia, dentro dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização dos recursos públicos.

Ao falar sobre esse princípio, Fernanda Marinela (2016, p. 43) esclarece que:

A eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. Consiste na busca de resultados práticos de produtividade, de economicidade, com a consequente redução de desperdícios do dinheiro público e rendimentos típicos da iniciativa privada, sendo que, nessa situação, o lucro é do povo; quem ganha é o bem comum (MARINELA, 2016. p. 43).

Verifica-se que as ações do gestor público devem sempre levar em consideração, dentre várias opções que lhe são dadas, aquela que proporcione menor custo com maior produtividade.

A ideia de eficiência é complementada por Moraes (2004, p. 294) referindo-se à busca do bem comum com qualidade, ensinando que:

Princípio da eficiência é aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta a seus agentes a persuasão do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social (MORAES, 2004, p. 294).

Isso significa que não basta haver adequação do serviço público, nem simplesmente estar à disposição das pessoas, mas que deve ser também realmente eficiente, cumprindo sua finalidade diante da realidade concreta. Ou seja, a eficiência deve remeter ao resultado. Presta-se serviço público eficiente quando a necessidade para a qual este foi criado é suprida concretamente.

Na esteira desse entendimento, no âmbito da análise de atos de concentração econômica, o Estado deve cuidar para que suas ações sejam eficientes, de forma a proporcionar um estado de coisas com melhor custo-benefício, promovendo o bem comum, diante da realidade concreta, de forma a suprir de fato a necessidade da sociedade, criando mecanismos capazes de resguardar efetivamente a livre concorrência e proteção dos consumidores, pois só assim refletirá em eficiência⁶.

É por meio dessa conjuntura que serão analisados os reflexos das inovações trazidas pela Lei n. 12.529/2011, por meio do estudo pontual da fusão empresarial ocorrida entre Casas Bahia e Ponto Frio, iniciando-se pela função do SBDC na análise dos atos de concentração horizontal.

3. O PAPEL DO SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NA ANÁLISE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO HORIZONTAL E A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

A fusão entre duas ou mais empresas⁷; a aquisição, direta ou indireta, do controle ou de partes de uma ou outra empresa⁸; a incorporação de uma ou mais empresas; e a associação, consórcio ou *joint venture* entre uma ou mais empresas⁹, são considerados atos de concentração empresarial,

6 Messias e Rosa (2019) ensinam que, por meio de uma visão factual do direito, reduzindo-se a complexidade através de uma organização de acontecimentos do mundo social, observando-se as externalidades envolvidas, bem como a racionalidade e o custo/benefício em relação à sociedade, é que se consegue alcançar o resultado social mais eficiente.

7 “Fusão é uma estratégia de crescimento na qual duas ou mais empresas se juntam para formar uma nova organização empresarial. A fusão realmente ocorre quando uma empresa é combinada com outra e ambas desaparecem para tornarem-se uma só, conhecida como empresa sucessora” (PESSANHA *et al*, 2012, p. 104).

8 “A aquisição ocorre quando uma empresa ou grupo de investidores adquire, de forma total ou parcial, o controle acionário de uma outra empresa” (ARAÚJO *et al*, 2007, p. 9).

9 O termo *joint venture* é usualmente empregue para designar uma “extensa variedade de acordos comerciais que podem estabelecer-se, nomeadamente, com empresas multinacionais ou outras entidades não residentes” (PEREIRA, 1988, p. 846).

conforme dispõe o artigo 90 da Lei n. 12.529/2011¹⁰.

Referida Lei, em seu art. 88, proíbe atos de concentração das operações empresariais que “impliquem eliminação da concorrência em parte substancial do mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços”. Entretanto, nos termos do §6º desse mesmo artigo¹¹, há possibilidade de autorização dos atos que, cumulada ou alternativamente, aumentem a produtividade ou a competitividade; melhorem a qualidade de bens ou serviços; ou propiciem eficiência, desenvolvimento tecnológico ou econômico; sejam repassados aos consumidores parte relevante de benefícios decorrentes (BRASIL, 2011).

Dessa forma, se os efeitos dos atos de concentração forem negativos, exigem o controle estatal quando, por exemplo, houver aumento de preços aos consumidores finais; diminuição da quantidade, da qualidade e/ou da variedade de produtos ou serviços a determinado preço; redução do ritmo de inovações (OLIVEIRA JÚNIOR, 2016, p. 8).

Assim, nesses casos, com o objetivo de evitar abusos e garantir a livre concorrência, o equilíbrio de mercado, bem como os interesses sociais e econômicos, cabe ao Estado intervir na economia, disciplinando, direcionando e estimulando a iniciativa privada (BRUN, 2014, p. 23).

Sobre o tema, Sztajn (2010, p. 29) ensina que:

A concorrência garante que a produção seja eficiente e adequada para atender aos desejos dos consumidores; os preços se ajustam aos custos e cabe ao governo desenhar e implementar o corpo de regras que facilitem o jogo das forças no mercado, a disponibilidade de infraestrutura básica necessária para que a economia funcione (SZTAJN, 2010, p. 29).

Diante disso, ponto importante para a presente investigação, que pretende verificar a existência ou não de maior celeridade nos trâmites das análises atinentes aos atos de concentração, é verificar as principais alterações implementadas pela Lei 12.529/2011, em detrimento do que ocorria na vigência da Lei 8.884/94, sobretudo a migração ocorrida em relação ao sistema de análise dos atos de concentração, que anteriormente feitos de maneira ex-post, agora são feitos de maneira ex-ante.

Vale destacar que, conforme ensinamentos de Voronkoff (2014, p. 147), “o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência foi totalmente reestruturado. Seu ‘esqueleto’ administrativo foi modificado, visando o aprimoramento, eficiência e celeridade nas investigações e julgamento das condutas

10 Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture (BRASIL, 2011).

11 § 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos: I - cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

anticompetitivas, e nas análises das operações concernentes à concentração de empresas”.

A novel legislação, logo em seu artigo 1º, apresenta a formalização do uso do termo “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência”, cujo objetivo, na concepção da doutrina de Anders, é transmitir a ideia de que os órgãos que integram o aparelho antitruste devem formar um “sistema coeso, com mecanismos de articulação institucional bem definidos, de maneira que formem um todo coerente, e não partes desarticuladas entre si” (ANDERS, 2012, p. 13), o que já se apresenta como uma vantagem, haja vista a centralização de processos, unificando-se as tarefas de investigação e julgamento.

Há nesse sentido uma clara evolução, vez que na vigência da Lei 8.884/94 os processos tramitavam em três órgãos distintos: a Secretaria de Defesa Econômica - SDE, a Secretaria de Acompanhamento Econômico - SEAE e o Cade (BRASIL, 1994). Atualmente, com as alterações estruturais introduzidas pela Lei nº 12.529/11, a SDE se tornou a superintendência-geral (SG), órgão integrante do próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica Cade, ficando responsável pela investigação, instrução e decisão, acerca dos processos administrativos.

Percebe-se uma racionalização das atividades capaz de proporcionar ganhos de eficiência e de escala, evitando-se repetições e sobreposições de funções, podendo assim resultar em aumento de intensidade e qualidade na aplicação da lei.

Alteração significativa foi a introdução do sistema *ex ante* de controle dos atos de concentração pela nova lei, que implantou a necessidade de notificação prévia para que seja avaliada a possibilidade do negócio se concretizar posteriormente.

O Sistema adotado pela Lei nº 8.884/1994 era o de análise posterior (*ex post*) dos atos de concentração. Nos termos do artigo 54, §4º, do referido diploma, os atos de concentração deveriam ser submetidos à apreciação do Cade, previamente ou no prazo de quinze dias úteis de sua realização (BRASIL, 1994). Neste contexto, preponderantemente, a análise feita pelo Cade era posterior à consumação do possível ato de concentração.

Entretanto, a possibilidade de as empresas consumarem desde logo a operação criava um desincentivo na apresentação de informações necessárias à avaliação do ato. Essa possibilidade de implementação imediata da operação fazia também com que não se preocupassem com os possíveis efeitos anticoncorrenciais decorrentes da transação antes de realizá-la, tendo ainda a reversibilidade da operação, no caso de sua reprovação, se mostrado extremamente difícil e cara. Embora a legislação até então vigente dispusesse de mecanismos que visassem a assegurar a manutenção do *status quo*, como as medidas cautelares e os acordos de preservação da reversibilidade da operação, dificilmente estes mecanismos atingiam seus objetivos.

Por fim, vale mencionar que esse mecanismo de análise *ex post* dos atos, gerava ainda, sem sombra de dúvidas, um problema da insegurança jurídica para as empresas requerentes, haja vista que, em muitos casos, por motivos óbvios, não conseguiam recuperar os investimentos inicialmente feitos para viabilizar o negócio, caso a operação fosse rejeitada.

Isso porque, todas as situações empresariais passíveis de análise de concentração, indubitavelmente necessitam de investimentos por parte das empresas, para a integração de processos e também para alinhamento da cultura organizacional, entre outros necessários para adequação à

nova realidade.

Verifica-se que o novo sistema está alinhado à maior eficiência dos processos, proporcionando maior segurança jurídica às empresas, na medida em que a adoção da notificação prévia garante que a operação não será posteriormente desconstituída, assim, evitando inúmeras externalidades negativas, como discussões que podem se arrastar por anos sob análise do Poder Judiciário.

Pode-se concluir nesse sentido que o sistema de análises posterior apresentava dificuldades na reversão dos prejuízos resultantes, tanto aos empresários quanto consumidores, caso a operação já realizada não fosse aprovada pelo Cade, o que acarretaria sua desconstituição, procedimento extremamente difícil de ser realizado (CASTRO, 2012, p. 73).

A título de exemplo pode-se mencionar o caso da Nestlé vs. Garoto, que se arrastou por anos no Poder Judiciário. A fusão das empresas ocorreu em 2002 e só dois anos depois foi vetada pelo Cade, ficando suspensa assim desde 2005.

Apenas no ano de 2016 o Cade homologou proposta feita pela Nestlé que estabeleceu diretrizes a serem cumpridas pela empresa para dar fim ao processo que analisou a compra da brasileira Garoto. Ou seja, foram quase 15 anos de incertezas e insegurança jurídica, o que não se mostra eficiente em cenário algum.

Diante disso é possível antever que a notificação prévia se revela mais eficiente e menos dificultosa, uma vez que a análise prévia permite prever, mesmo que de maneira superficial, o potencial dano que a concreção da operação possa acarretar e evitá-lo de pronto, sendo desnecessário, portanto, a desconstituição da operação, e a posterior formulação de ações de responsabilização em face dos agentes econômicos que se concentraram.

Neste viés, o sistema introduzido pela nova lei, no que diz respeito ao procedimento para operação de concentrações, tem se revelado como uma de suas maiores vantagens, haja vista que evita que as operações sejam posteriormente desconstituídas, garantindo maior segurança jurídica para as empresas. Mas não só, a nova lei trouxe também maior celeridade ao processo, conforme restará demonstrado no decorrer da investigação por meio de estudo jurimétrico.

Pelo procedimento da nova lei, cumpre ao SBDC e, mais precisamente, ao Cade, como autarquia estatal, sopesar os efeitos positivos e negativos dos atos de concentração, no caso concreto, para só então decidir se há possibilidade de abuso do poder econômico, o que torna mais assertiva a decisão.

Na análise concorrencial, o Cade verifica o mercado relevante; o nível de concentração horizontal; a probabilidade de uso de poder de mercado adquirido ou criado pela operação; e pondera as eficiências econômicas inerentes ao ato de concentração (OLIVEIRA JÚNIOR, 2016, p. 9-10).

Além disso, o exame do ato pelo órgão, pode ser instruído com a manifestação dos agentes de mercado, bem como com informações prestadas pelos requerentes, consumidores, concorrentes, fornecedores, agências reguladoras, sindicatos e associações, ministérios, especialistas do mercado, institutos setoriais, entre outros (OLIVEIRA JÚNIOR, 2016, p. 10).

No caso específico da fusão entre Casas Bahia e Ponto Frio, o ato consistiu em concentração horizontal, haja vista que as empresas atuavam no mesmo setor e a sua união, potencialmente,

poderia implicar em vantagem competitiva e, conseqüentemente, em infração à ordem econômica, razão pela qual foi submetido à apreciação do SBDC.

Referida fusão será doravante analisada com o intuito de se demonstrar os procedimentos de análise quando da vigência da antiga lei, proporcionando assim um resultado empírico ao estudo, mais próximo da realidade dos fatos, após o que, será feito um comparativo jurimétrico com os dados apresentados pelo Cade na vigência da nova lei.

4. ANÁLISE DA FUSÃO ENTRE CASAS BAHIA E PONTO FRIO PELO SBDC

Esse momento da investigação baseia-se na análise, pelo SBDC, da concentração horizontal decorrente da fusão entre as empresas Casas Bahia e Ponto Frio¹², decorrente de duas operações notificadas ao órgão no ano de 2009.

A primeira operação (Ato de Concentração n. 08012.004857/2009-18) trata da aquisição, pela Companhia Brasileira de Distribuição, empresa integrante do Grupo Pão de Açúcar, de 70,24% das ações representativas do capital da Globex Utilidades S/A, que atua no mercado de varejo de bens duráveis sob a marca Ponto Frio, seguida de oferta pública obrigatória, para a aquisição de ações detidas pelos seus acionistas minoritários.

A segunda (Ato de Concentração n. 08012.010473/2009-34) refere-se à associação entre o Grupo Pão de Açúcar e as Casas Bahia, para a integração de seus negócios no setor de varejo de bens duráveis.

Após as duas operações, o veículo societário denominado “Nova Casas Bahia” concentrou os negócios correspondentes às lojas físicas das marcas Ponto Frio e Casas Bahia, enquanto os negócios relativos ao canal eletrônico ficaram concentrados no veículo denominado “Nova.com”.

Referidas operações foram analisadas conjuntamente pelo SBDC, uma vez que a primeira estaria contida na segunda, e que a Companhia Brasileira de Distribuição também atua nos mercados envolvidos através da marca “Extra” e, para efeitos exclusivos da análise antitruste, foram computados os dados de participação de mercado da referida empresa como se fossem dados das próprias requerentes.

No caso, as notificações das operações ocorreram sob a égide da Lei n. 8.884/94, segundo a qual, os atos de concentração poderiam ser submetidos à análise do Cade, após a consumação dos negócios (*ex post*).

Assim, para assegurar a reversibilidade da operação até a decisão final, foi celebrado Acordo

12 No que tange às formas em que se dão as práticas de concentração econômica, deve-se observar, primeiramente, a classificação sob o ponto de vista da associação realizada. Dessa forma, os atos de concentração podem ser verticais, que são aqueles que ocorrem entre empresa, fornecedor e distribuidor ou entre outros agentes formando uma cadeia produtiva até chegar ao consumidor. Há também as concentrações horizontais, que se caracterizam quando é realizada entre concorrentes que atuam em um mesmo mercado relevante, como no caso sob análise (ROCHA; LIMA; CORDEIRO, 2017, p. 86-87).

de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO)¹³, oportunidade em que foram estabelecidas determinadas condições a serem cumpridas pelas empresas até a decisão final, tais como: manter em funcionamento as lojas especificadas no Acordo, em condições de operação não inferiores às que-las existentes na data da assinatura da sua assinatura; manter os centros de distribuição listados no Acordo em condições de operação; manter hígidas as marcas “Casas Bahia” e “Ponto Frio” e outros direitos de propriedade intelectual a elas relacionados; manter estrutura de compras separadas e celebrar instrumentos contratuais distintos com os fornecedores; manter personalidade jurídica e funcionamento da Indústria de Móveis Bartira em condições de operação não inferiores às que-las existentes na data da assinatura do Acordo; e manter intactas as políticas de concessão de crédito das Casas Bahia e Ponto Frio em todas as lojas que operam sob as referidas marcas.

O acordo previu, ainda, a apresentação de relatórios bimestrais, por parte das Compromissárias, dando conta da evolução do cumprimento das obrigações convencionadas. No decorrer da análise das operações foram juntados aos autos 16 (dezesesseis) relatórios.

4.1. Pareceres emitidos pela Secretaria de Acompanhamento Econômico

Na vigência da Lei n. 8.884/94 cabia à SEAE o estudo e a emissão de parecer não vinculativo sobre os atos de concentração econômica.

No caso, a SEAE analisou as duas operações notificadas em conjunto, mas emitiu dois pareceres técnicos: Parecer n. 6249/2011/RJ, de 24/03/2011, para o Ato de Concentração n. 08012.010473/2009-34 e Parecer n. 6250/2011/RJ, também de 24/03/2011, para o Ato de Concentração n. 08012.004857/2009-18.

Na oportunidade, a SEAE estabeleceu dois mercados relevantes de produtos, assim entendidos como a delimitação precisa das fronteiras do espaço econômico afetado pela operação, que permite a avaliação objetiva dos possíveis efeitos da concentração (SALGADO, 2004).

O primeiro mercado relevante foi estabelecido como sendo o municipal de varejo de bens duráveis, limitado às lojas físicas que ofertam uma cesta-padrão, incluindo no mínimo três das quatro linhas principais dos itens comercializados pelo varejo de bens duráveis.

Dessa forma, ficaram definidas quatro principais linhas ou categorias comercializadas pelas empresas analisadas: linha branca (fogão a gás, lavadora de roupas, secadora de roupas, lava-louça, forno de micro-ondas, etc.); linha marrom (televisores, DVD players, aparelhos de áudio, computadores e seus periféricos, câmeras digitais, etc.); móveis; e telefonia.

Utilizou a cesta-padrão para delimitar o mercado relevante em razão das características semelhantes das lojas que as ofertam aos consumidores, excluindo da análise do mercado relevante todas as lojas de menor porte, especializadas em apenas um produto, como as lojas de móveis, por exemplo.

¹³ O Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação está regulado na Resolução do CADE n. 28, de 24 de julho de 2002, e foi utilizado pela primeira vez no Ato de Concentração n. 08012.007861/2001-81. Requerentes: NN Holdings do Brasil Ltda e Biopart Ltda (BRASIL, 2002). Referido procedimento (APRO) foi inaugurado com a finalidade de mitigar os problemas de uma análise a posteriori, notadamente o risco de que a operação em análise já tivesse tomado rumos que impedissem faticamente uma decisão de reprovação ou de aprovação com restrição severa (SCHAPIRO; BACCHI, 2013, p. 78).

O segundo mercado relevante definido pela SEAE foi o mercado nacional de varejo de bens duráveis por lojas virtuais, em especial a Internet, por entender que suas características são distintas das do mercado de varejo tradicional, e não seriam substitutos perfeitos um do outro. Considerou o mercado de varejo de bens duráveis por lojas físicas como dimensão geográfica municipal, e o mercado de varejo virtual de bens duráveis como dimensão nacional.

No caso do mercado de varejo por lojas virtuais, a participação conjunta das empresas requerentes, aferida pela SEAE, foi inferior a 20% (vinte por cento), razão pela qual não considerou relevante prosseguir com a análise.

Já para o mercado de varejo de bens duráveis restrito às lojas físicas, a Secretaria concluiu que as operações gerariam sobreposição horizontal em 171 (cento e setenta e um municípios), sendo que a concentração detectada como produto da operação seria superior a 20% (vinte por cento) em 162 (cento e sessenta e dois destes municípios).

A SEAE analisou as barreiras, a probabilidade, a tempestividade e a suficiência de entrada de novos concorrentes no mercado, assim como a rivalidade e os possíveis benefícios econômicos decorrentes das operações e concluiu que, em doze mercados relevantes, a entrada, apesar de provável, não seria suficiente para reduzir a probabilidade de exercício unilateral do poder de mercado pelas requerentes.

Em vista disso, a SEAE recomendou, para a aprovação da operação, a alienação de um pacote de ativos, incluindo lojas, carteiras de clientes e cadastros da Casas Bahia ou do Ponto Frio em cada um dos 12 (doze) municípios - Ceilândia (DF), Planaltina (DF), Recanto das Emas (DF), Novo Gama (DF), Campos de Goytacazes (RJ), Nova Iguaçu (RJ), São João do Meriti (RJ), Guarulhos (SP), Jandira (SP), Jundiaí (SP), Praia Grande (SP) e Taboão da Serra (SP) -, e também um Centro de Distribuição ou o desenho de solução alternativa que equivalesse à alienação para cada um dos estados envolvidos.

A Secretaria de Direito Econômico (SDE), por meio dos Despachos n. 290 e n. 291, de 27 de abril de 2011, acompanhou a recomendação da SEAE.

4.2. Análise do mérito pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Na análise do mérito, o Relator Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo expôs que as atividades envolvidas na operação costumam ser classificadas, de modo geral, como “comércio varejista de bens” e, no caso da atuação das requerentes, enquadram-se especificamente na categoria atinente ao varejo de bens duráveis.

Em razão das características apresentadas pelas requerentes, foram analisadas empresas varejistas de bens duráveis multiproduto, incluindo alguns supermercados e hipermercados que ofertam bens duráveis, como é o caso do Wal-Mart, mas excluindo os varejistas especializados em um único seguimento (linha marrom, branca, móveis ou telefonia), conforme classificação estabelecida pela SEAE.

Em instrução complementar realizada no pelo gabinete do relator, constou-se que, mesmo regionalmente, as grandes redes detêm as maiores participações no mercado de varejo de bens duráveis.

No tocante às estratégias de competição no segmento e à influência da concorrência local na formação de preços ao nível de cada loja, também em instrução complementar, realizada no gabinete do relator, foram oficiadas as principais concorrentes nesse mercado, com atuação nacional ou ao menos regional.

Consta que todas as empresas consultadas afirmaram que a base de preços dos produtos é fixada nacional ou regionalmente, mas a concorrência local teria forte influência em eventuais variações de preço ao nível da loja ou do município.

A partir da instrução realizada, o relator concluiu que as empresas que se reconheceram como concorrentes das requerentes são ofertantes com presença nacional ou ao menos regional, e que “concorrem em um segmento multiproduto no qual a oferta de um amplo portfólio de produtos, com escala suficiente para sustentar uma atuação no mínimo regional”. Mencionou ainda a presença de “elemento local” importante para a determinação da concorrência final pela escolha do consumidor, com reflexos em estratégias de ajuste de preços ao nível municipal ou até mesmo de cada loja.

No tocante às lojas físicas, o relator acompanhou o entendimento da SEAE no presente caso, e do Cade, em decisões anteriores, para definir o mercado relevante de produtos como varejo de bens duráveis, restrito a lojas físicas que ofertem uma cesta padrão de produtos. Essa cesta padrão deve conter no mínimo 03 (três) das 04 (quatro) linhas de produtos: linha branca, marrom, móveis e telefonia.

O objetivo de tal definição foi captar variáveis de escala (tamanho da operação) e escopo (portfólio de produtos), que parecem ser fundamentais à competição nesse seguimento, bem como agrupar numa mesma dimensão de produtos todos os grandes grupos que seriam concorrentes entre si.

O conselheiro salientou, ainda, que embora as lojas especializadas e as de pequeno porte que atuam apenas em uma ou duas linhas de produtos representem uma concorrência local para as grandes redes em alguns produtos, elas não podem ser incluídas no mesmo mercado relevante.

Em consonância com a SEAE e na mesma linha dos precedentes do Cade, o relator definiu o mercado de varejo de bens duráveis por lojas físicas como sendo municipal, haja vista que o consumidor estaria disposto a percorrer uma distância maior para adquirir a mercadoria, em razão dos preços mais elevados dos produtos e eventualidade da compra.

No tocante às lojas virtuais, também acompanhou o parecer da SEAE ao entender que mercado de varejo tradicional e mercado de varejo online têm características distintas e não competem diretamente.

Utilizou como fundamento trecho de julgamento realizado anteriormente pelo Cade, da relatoria do Conselheiro Carlos Ragazzo, no caso Ricardo Eletro e Insinuante (Ato de Concentração n. 08012.006905/2010-46), assim transcrito:

Embora seja possível imaginar que no futuro próximo o varejo por lojas físicas e o varejo por meio de lojas virtuais possam se constituir em um único mercado, o mesmo não é possível concluir para o presente ou no curto prazo. As razões para tal conclusão se referem a (i) limitações de acesso à

internet, (ii) reduzida (embora crescente) cultura de compras por meio da rede virtual para boa parte da população e (iii) limitação (custo) da logística de distribuição de produtos para a grande maioria dos municípios.

Assim, definiu um segundo mercado relevante da operação como o “mercado de varejo de bens duráveis por meio eletrônico” e, também em consonância com o parecer da SEAE e na linha da jurisprudência do Cade, estas lojas tiveram seu mercado definido como nacional, pois ofertam seus produtos em todo o país.

Como a participação de mercado das requerentes no mercado nacional de varejo de duráveis por canal eletrônico não ultrapassou a vinte por cento, sua análise foi considerada desnecessária no que diz respeito à possibilidade de dominação de mercado relevante de bens.

Quanto aos mercados locais de varejo por lojas físicas nos quais ocorreria sobreposição das participações das requerentes, foram incluídos outros 06 (seis) municípios aos 171 (cento e setenta e um) relacionados no parecer da SEAE, totalizando 177 (cento e setenta e sete municípios), sendo que a participação conjunta das requerentes foi superior a 20% (vinte por cento) em 166 (cento e sessenta e seis) deles.

Desta forma, em consonância com o critério de presunção de dominância estabelecido pela Lei nº 8.884/94, 11 (onze) municípios foram excluídos da análise, ante a ausência de potencial anti-competitivo das operações.

O relator entendeu, em dissonância com os pareceres da SEAE, que nos mercados em que a participação conjunta das requerentes resultasse inferior ao patamar de 40% (quarenta por cento) seria possível presumir a inexistência de risco de exercício de poder de mercado como resultado da operação, ao se considerar, entre outras características, a pressão das margens, a rivalidade do comércio eletrônico e a competição que se dá fundamentalmente por preço.

Aplicada essa porcentagem de presunção de ausência de dominância nos mercados, segundo os dados apresentados pela SEAE para 2008, a necessidade de análise individual por município ficou excluída em mais 49 (quarenta e nove) municípios.

Quanto à probabilidade de exercício do poder de mercado nas localidades em que as requerentes passariam a deter, em virtude da operação, participação superior a 40% (quarenta por cento), foram analisadas cinco barreiras à entrada no mercado nesse setor: propaganda, economias de escala e/ou escopo (derivadas do poder de compra, poder de barganha), oferta de crédito ao consumidor, centros de distribuição e localização das lojas.

Ainda em sede de instrução complementar realizada no gabinete do relator, foram aferidos os dados de participação do mercado em cada um dos municípios analisados durante o período compreendido entre 2005 e 2011, a partir dos faturamentos obtidos pelas empresas que tiveram participação em cada município. Esses dados, somados às variáveis concorrenciais mais gerais, serviram de fundamento para as conclusões do voto em análise.

Após oficialar as 24 (vinte e quatro) maiores concorrentes das requerentes, tanto em âmbito nacional quanto local, solicitando dados de faturamento entre 2005 e 2011 nesses municípios, o gabinete do relator reconstruiu os dados de *market shares*, ou seja, da participação de mercado, e

estabeleceu análise de entrada e rivalidade, município a município, a partir da evolução das participações nesses sete anos.

Concluiu que, em 54 (cinquenta e quatro) dos 117 (cento e dezessete) mercados analisados, as participações das requerentes se mantiveram, ao longo dos 07 (sete) anos, constantemente acima de 60% (sessenta por cento), sem que nenhum rival importante ou nenhum novo entrante tenha conseguido desafiar a dominância das requerentes.

Dessa forma, caracterizado prejuízo à concorrência e aos consumidores nestes municípios, foram determinadas intervenções no plano local com o objetivo de reduzir o poder de mercado das requerentes, viabilizando, ainda, novas entradas, a partir da transferência de pontos e de contratos de locação.

Com efeito, a operação de aquisição pela Companhia Brasileira de Distribuição, empresa integrante do Grupo Pão de Açúcar, de 70,24% das ações de emissão da Globex Utilidades S/A foi aprovada sem restrições, enquanto que a operação de associação dos Grupos Pão de Açúcar e Casas Bahia foi aprovada, condicionada ao cumprimento de obrigações previstas em Termo de Compromisso de Desempenho (TCD).

No referido TCD foram estabelecidas medidas, com o objetivo de: impedir a unificação das operações das requerentes implicasse em eliminação substancial da concorrência, garantir condições de existência de rivalidade efetiva nos mercados afetados pela operação, garantir condições para entrada rápida e eficiente de concorrentes nos mercados referidos, assegurar que os benefícios decorrentes da associação sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores finais, de outro, naqueles mercados específicos.

Na oportunidade, as empresas se comprometeram a alienar os pontos comerciais expressamente indicados no TCD, totalizando 74 (setenta e quatro) pontos comerciais em 54 (cinquenta e quatro) municípios brasileiros. Desses, 25 (vinte e cinco) estão localizados no Estado de São Paulo, 15 (quinze) no Rio de Janeiro, 06 (seis) em Minas Gerais, 05 (cinco) no Distrito Federal, 01 (um) em Goiás, 01 (um) no Espírito Santo e 01 (um) no Mato Grosso.

A investigação detalhada desse processo de fusão demonstra que a metodologia da análise ex-post e a estrutura administrativa do Cade na vigência da lei antiga não conferiam adequada celeridade ao processo, o que não é desejável diante de mercados tão dinâmicos.

Diante disso passa-se a demonstrar a sistemática que seria adotada na conjuntura da nova legislação, em detrimento ao que foi necessário na vigência da lei anterior, comprovando-se ainda a maior efetividade e celeridade desta novel legislação por meio de dados estatísticos fornecidos pelo próprio Cade.

5. EFETIVIDADE E CELERIDADE DA ATUAÇÃO DO SBDC NO CASO CONCRETO E OS REFLEXOS DAS INOVAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N. 12.529/11

Consoante se observa dos fundamentos utilizados pela SEAE em seus pareceres (acompanhados pelos despachos proferidos pela SDE) e pelo Cade na análise do mérito, foram realizados estudos semelhantes, sendo que ambos estabeleceram dois mercados relevantes de produtos (mercado

nacional de varejo de bens duráveis por lojas físicas e mercado nacional de varejo de bens duráveis por lojas virtuais), através de uma cesta-padrão, excluídas da análise as lojas de pequeno porte especializadas em apenas um produto.

Os dois órgãos concluíram que a participação conjunta das empresas no mercado de varejo por lojas virtuais não se mostrou relevante (inferior a vinte por cento), razão pela qual não prosseguiram com a análise.

No caso de mercado de varejo de bens duráveis restritos às lojas físicas, a SEAE e o Cade divergiram apenas quanto ao número de municípios em que a concentração detectada se mostraria importante.

Em consonância com o disposto na Lei n. 8.884/94, nos casos de condutas anticoncorrenciais, a SDE (órgão vinculado ao Ministério da Justiça) era responsável por investigar os atos anticoncorrenciais, sua instrução processual e análise dos atos de concentração que seriam submetidos ao Cade, por meio da instauração de processo administrativo e parecer respectivo. Por sua vez, à SEAE (órgão do Ministério da Fazenda) competia, nas operações de concentração, auxiliar a SDE através de estudos e relatórios, bem como emissão de parecer. Por fim, o Cade, na análise do mérito, poderia realizar instrução complementar, se entendesse necessário.

No presente caso, após a instrução realizada pelo SDE e pela SEAE, na análise do mérito, o relator realizou instrução complementar minuciosa, através de envio de 137 (cento e trinta e sete) ofícios às requerentes e às suas principais concorrentes, com o objetivo de verificar as estratégias de competição e a influência da concorrência local na formação dos preços.

Assim, restou claramente demonstrada a sobreposição de tarefas/repetição de funções entre SDE, SEAE e Cade, no tocante à investigação e instrução.

Diante disso, tem-se que as operações foram notificadas, respectivamente, em 26 de junho e 24 de dezembro de 2009 e julgadas somente em 17 de abril de 2013, totalizando mais de 03 (três) anos de tramitação destes atos de concentração.

Com o objetivo de garantir maior celeridade e efetividade à repressão de condutas anticoncorrenciais, a nova Lei Antitruste (Lei nº 12.529/11), em vigor desde 02 de junho de 2012, conforme já demonstrado, trouxe importantes inovações, destacando-se: reestruturação do SBDC, imposição do dever de apresentação prévia dos atos de concentração, modificação das formas de cálculo das multas por infração à ordem econômica e aumento dos recursos materiais disponibilizados (BRASIL, 2011).

No tocante à reestruturação do SBDC, tem-se que a SEAE teve suas atribuições reduzidas, restando-lhe a competência não exclusiva de promover a defesa da concorrência junto à própria Administração (artigo 19 da Lei nº 12.529/2011), juntamente com a Superintendência Geral (SG), bem como orientar os órgãos e entidades da Administração Pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento da referida Lei. Já a SDE foi incorporada pelo Cade, que passou a ser composto por três órgãos: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos (artigo 5º da Lei nº 12.529/2011).

Dessa forma, a novel legislação conferiu maior autonomia às investigações promovidas pelo Cade, unificando a instrução e o julgamento dos casos de prevenção e repressão à ordem econômica

em um único órgão, o que implicou em maior celeridade no trâmite dos atos de concentração.

No que concerne à notificação dos atos de concentração, realizada a posteriori no caso da fusão entre as Casas Bahia e Ponto Frio, consoante autorizava a Lei nº 8.884/94 e, ante a dificuldade de reversão de eventuais prejuízos causados ao direito de concorrência, fez-se necessária a celebração de Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO), oportunidade em que foram estabelecidas determinadas condições a serem cumpridas pelas empresas até a decisão final, bem como a apresentação de relatórios bimestrais, por parte das Compromissárias, dando conta da evolução do cumprimento das obrigações convencionadas. No decorrer da análise das operações foram juntados aos autos 16 (dezesseis) relatórios, o que também contribuiu para a demora no julgamento do mérito.

Nesse sentido, conforme já demonstrado, a Lei nº 12.529/11 impôs a exigência de submissão prévia ao Cade das fusões e aquisições que possam gerar efeitos anticompetitivos, bem como fixou o prazo de máximo de 240 (duzentos e quarenta) dias para a análise do ato (artigo 88, §2º), prorrogáveis por mais 90 (noventa) dias em caso de complexidade da operação (artigo 56), o que conferiu maior efetividade e agilidade na análise os atos, o que não ocorria na vigência da lei anterior (BRASIL, 2011).

Assim, por meio de dados disponíveis no site do próprio Cade (BRASIL, 2016), utilizando-se da técnica da jurimetria, constata-se que o tempo médio geral de tramitação dos atos de concentração submetidos à Lei n. 8.884/94, levando-se em consideração desde a instrução inicial até a análise do mérito, era muito maior, conforme demonstra a tabela abaixo, elaborada pelos próprios autores:

Tabela 01: tempo médio de tramitação da análise dos casos de concentração por ano

ANO	CASOS DE CONCENTRAÇÃO
2009	182
2010	156
2011	154
2012	21
2013	26
2014	30
2015	28

Fonte: elaboração própria, a partir de informações disponíveis no site do CADE (BRASIL, 2016).

Verifica-se que a nova sistemática, implementada a partir de 2012, trouxe celeridade considerável à análise dos atos de concentração.

Outro dado importante é o número de notificações de atos de concentração por ano, que caiu substancialmente:

Tabela 02: número de notificações de ato de concentração por ano

ANO	NÚMERO DE NOTIFICAÇÕES
2009	471
2010	691
2011	684
2012	626
2013	377

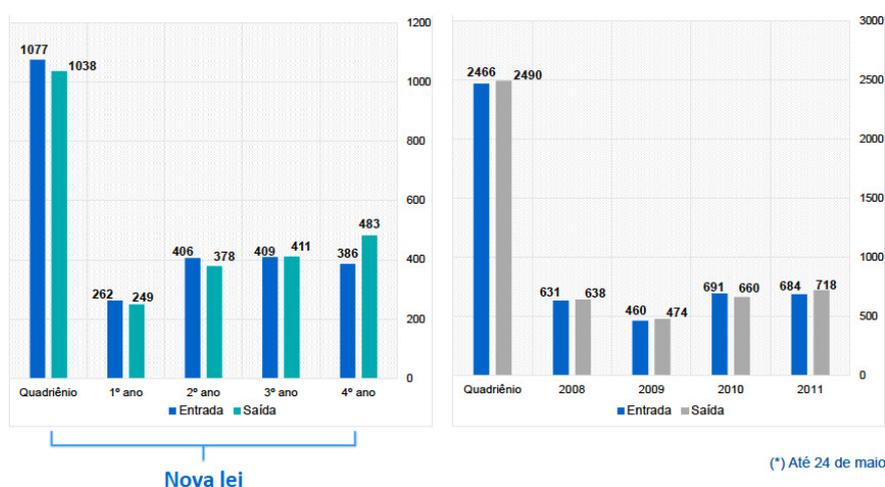
2014	425
2015	404

Fonte: elaboração própria, a partir de informações disponíveis no site do Cade (BRASIL, 2016).

Diante dos números apresentados é possível concluir também que a nova sistemática apresenta maior eficiência, haja vista que exige das empresas uma análise prévia do sucesso de uma fusão, por exemplo, o que afasta o prosseguimento de “aventuras”.

Com o fim de corroborar o entendimento, apresenta-se abaixo o número de entradas e saídas de atos de concentração para avaliação do Cade no que diz respeito aos quadriênios imediatamente anterior e posterior à entrada da nova lei:

Gráfico 01: Entrada e saída de atos de concentração por quadriênio



Fonte: Cade... (2021)

É válido acrescentar ainda que em consulta efetuada ao site do Cade em março de 2021, verificou-se que o estoque de processos total corresponde a apenas 33, número este reduzido e inimaginável durante a vigência da lei anterior.

Com efeito, pode-se concluir com segurança, que as inovações trazidas pela Lei nº 12.529/11, são capazes de assegurar processos mais céleres e efetivos quando da investigação de situações que envolvem possível concentração econômica.

O estudo da fusão entre as empresas Casas Bahia e Ponto Frio demonstrou quão mais complexa era a sistemática na vigência da lei anterior, agora simplificada pela Lei nº 12.529/11.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio do estudo dos princípios gerais da atividade econômica no Brasil, principalmente o da livre concorrência, foi possível verificar que a Constituição Federal faz valer que a concorrência deve existir, entretanto, observando-se que, essa liberdade de iniciativa, não deve ser entendida como total, haja vista que, por trás dela, a atividade econômica deve limitar-se aos fins e interesses sociais.

Verificou-se que a Lei nº 12.529/11 apresentou simplificação de processos em detrimento ao

que era prescrito na Lei nº 8.884/94, trazendo também ao ordenamento jurídico a sistemática de notificação *ex-ante* no que diz respeito aos possíveis atos de concentração, o que, conforme demonstrado na investigação, levou a maior segurança jurídica e celeridade dos atos.

Observadas as especificidades das concentrações horizontais, partindo-se dos fundamentos utilizados pelo SBDC na análise do processo de fusão entre Casas Bahia e Ponto Frio, restou demonstrada uma análise abrangente e minuciosa pelo órgão, com a finalidade de prevenir/reprimir infração à ordem econômica, que fosse capaz de contrariar os interesses sociais, por meio de atos de concentração potencialmente lesivos à livre concorrência.

Os atos de concentração examinados na presente investigação foram notificados ao SBDC sob a égide da Lei n. 8.884/94 e seguiram o procedimento nela previsto. Como a instrução competia tanto à SEAE e SDE, quanto ao Cade (ainda que de forma complementar), pôde-se observar a repetição/sobreposição de alguns atos instrutórios e, conseqüentemente, demasiada demora no julgamento.

Em consonância com a Lei Antitruste revogada, os atos de concentração poderiam ser analisados após a sua efetiva consumação e produção de efeitos jurídicos, o que, de certa forma, dificultou a análise dos atos, ante a necessidade de se estabelecer Acordo de Preservação da Reversibilidade da Operação (APRO), com o objetivo de tentar garantir a possibilidade de reversão até a decisão final, bem como a imprescindibilidade de fiscalização do seu cumprimento.

As alterações implementadas pela nova Lei Antitruste (Lei nº 12.529/11) trouxeram agilidade e celeridade ao sistema ao promover a reestruturação do SBDC, consoante se verificou por meio dos dados disponibilizados pelo Cade. Assim, com a incorporação da SDE pelo Cade e redução das atribuições da SEAE houve a unificação da instrução e o julgamento dos casos de prevenção e repressão à ordem econômica em um único órgão, o que conferiu maior celeridade no trâmite dos atos de concentração.

Por fim, por meio de estudo jurimétrico, pode-se concluir que as inovações trazidas pela Lei nº 12.529/2011, principalmente a obrigatoriedade de apresentação prévia dos atos de concentração, que afastaram a necessidade de celebração e fiscalização de cumprimento de Acordos de Preservação da Reversibilidade da Operação (APROs), proporcionaram maior celeridade e efetividade ao processo, bem como segurança jurídica às empresas no tocante às operações de concentração econômica, o que pode ser visto de forma muito positiva para a sociedade.

7. REFERÊNCIAS

ANDERS, Eduardo Caminati *et al* (org.). **Comentários à nova lei de defesa da concorrência**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Método, 2012.

ARAÚJO, Carlos Alberto Gonçalves de *et al*. Estratégia de fusão e aquisição bancária no Brasil: evidências empíricas sobre retornos. **Contextus**: Revista Contemporânea de Economia e Gestão., v.5, n. 2, p. 7-20, jul./dez. 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://bit.ly/3owqPNI>. Acesso em: 30 maio 2020.

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. Disponível em: <https://bit.ly/3eREHOT>. Acesso em: 30 maio 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 28 mai. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Balanco**: 4 anos da Lei 12.529/11, 2016. 33 slides. Disponível em: <https://bit.ly/3uXO2tU>. Acesso em: 5 dez. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Resolução nº 28, de 24 de julho de 2002**. Dispõe sobre a Medida Cautelar no âmbito do Cade e dá outras providências. Disponível em: <https://bit.ly/3eUh7RF>. Acesso em: 31 maio 2020.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRUN, Simone. **O Estado como agente regulador da atividade econômica**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, Marília, 2014. Disponível em: <http://portal.unimar.br/site/dissertacaoteses/>. Acesso em: 25 maio 2020.

Cade em números: números gerais 2021. **Cade**, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/2Uw6auS>. Acesso em: 13 mar. 2021.

CASTRO, Ramsés Maciel de. A Responsabilização do Conselho Administrativo de Defesa Econômica na Análise dos Atos de Concentração. **Revista Magister de Direito Empresarial**, n. 44, 2012.

FACHINI, Tiago, Jurimetria: o que é e qual seu impacto na rotina jurídica. **Migalhas**, 28 nov. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3tZgSZz>. Acesso em: 13 mar. 2021.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2008.

LANA, Henrique Avelino; PIMENTA, Eduardo Goulart. Incompletude das informações na 11.101/05: uma abordagem mediante análise econômica do Direito. *Revista da Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte*, n. 76, p. 263-298, jan./jun. 2020.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. Niterói: Saraiva, 2016.

MESSIAS, Ewerton Ricardo; ROSA, André Luís Cateli. A validade da análise econômica do direito nas decisões judiciais: uma análise à luz do constructivismo lógico-semântico. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, v. 14, n. 2, p. 121-142. maio/ago. 2019.

MORAES, Germana Oliveira. Controle jurisdicional da administração pública. São Paulo: Dialética, 2004.

OLIVEIRA JÚNIOR, Márcio de *et al* (coord.). *Guia para análise dos atos de concentração horizontal*. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade), 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3omXFzY>. Acesso em: 31 mai. 2020.

PEREIRA, Alberto Amorim. O contrato de “*joint venture*”: conceito e prática. **Revista da Ordem dos**

Advogados de Portugal, Lisboa, ano 48, v. 3, p. 844-880, dez. 1988.

PESSANHA, Gabriel Rodrigo Gomes *et al.* Impactos das estratégias de fusão e aquisição na rentabilidade dos bancos adquirentes: uma aplicação dos modelos de intervenção no setor bancário brasileiro. **Revista de Administração Mackenzie**, São Paulo, v. 13, n. 5, p. 101-134, set./out. 2012.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**: o significado e o alcance do art. 170 da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROCHA, Jackson Lima; LIMA, Renata Albuquerque; CORDEIRO, Lívy Maria Vaz. Atos de concentração econômica e estruturas de mercado em uma concorrência praticada. **Revista Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n. 2, p. 64-97, jul. 2017.

SALGADO, Lúcia Helena. O Caso Kolynos-Colgate e a Introdução da Economia Antitruste na Experiência Brasileira. In: MATTOS, Cesar Costa Alves de. **A Revolução Antitruste no Brasil**. Rio de Janeiro: Singular, 2004. p. 29-66.

SCHAPIRO, Mário Gomes; BACCHI, Fabiana Mesquita. Análise dos atos de concentração no Brasil: forma, função e o incrementalismo reformista do Cade. In: CORDOVIL, Leonor (org.). **Direito Econômico Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 49-96.

SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa**. São Paulo: Atlas, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil**: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

VASCONCELOS, Débora Camargo de; GENOVEZ, Simone. Análise dos princípios constitucionais à luz da iniciativa privada. In: CONGRESSO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 22., 2013, Florianópolis. **Anais [...]**. Florianópolis: CONPEDI / UNINOVE, 2013. Tema: "Sociedade Global e seus impactos sobre o estudo e a afetividade do Direito na contemporaneidade".

VORONKOFF, Igor. O novo sistema brasileiro de defesa da concorrência: estrutura administrativa e análise prévia dos atos de concentração. **Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 2, nº 2, p. 144-179, novembro de 2014.

5

AJUSTANDO AS LENTES: NOVAS TEORIAS DO DANO PARA PLATAFORMAS DIGITAIS

Adjusting the lens: new theories of harm for digital platforms

Beatriz Kira¹

Diogo R Coutinho²

RESUMO

O artigo trata da aplicação de teorias do dano concorrencial a mercados digitais. A revisão da literatura e a experiência internacional apontam a necessidade de novas teorias do dano típicas de mercado digitais, para evitar aumentos de preços não monetários, redução da qualidade, efeitos deletérios à inovação, bem como o tratamento preferencial a certos bens ou serviços próprios (*self-preferencing*). A análise da jurisprudência da autoridade brasileira desde 2012 revela que, de forma incipiente, o Cade reconhece a importância de tais teorias do dano, mas ainda não as aplica sistematicamente na forma de testes. O artigo defende, ainda, que tais teorias, como categorias chave de análise, têm um papel inovador na própria aplicação do direito antitruste.

Palavras-chave: Antitruste; mercados digitais; Cade; teorias do dano; inovação; *self-preferencing*.

ABSTRACT

This article examines the use of theories of harm in competition policy in cases involving digital markets. The review of the literature and reports published by foreign authorities point to the necessity of developing new theories of harm for digital markets, to address non-monetary price increases, the reduction of quality, deleterious effects to innovation, and self-preferencing practices. An analysis of previous cases decided by the Brazilian competition authority since 2012 shows that CADE has begun to recognise the relevance of these theories, but is yet to apply them systematically. The article argues that theories of harm, as frameworks for antitrust analysis, have an important role to play in innovating competition policy and in its enforcement.

Keywords: Antitrust; digital markets; Cade; theories of harm; innovation; self-preferencing.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Novas teorias do dano*; 2.1. *Aumento de preços não monetários*; 2.2. *Redução da qualidade*; 2.3. *Redução da escolha e efeitos*

1 Doutoranda em direito econômico na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, integrante do Grupo Direito e Políticas Públicas, e pesquisadora sênior na Blavatnik School of Government da Universidade de Oxford. E-mail: beatriz.kira@bsg.ox.ac.uk

2 Professor de direito econômico na Faculdade de Direito da USP, pesquisador do Grupo Direito e Políticas Públicas (USP) e bolsista Produtividade em Pesquisa do CNPq). E-mail: diogocoutinho@usp.br

deletérios na inovação; 2.4. Preferência a produtos e serviços próprios; 3. Como decidiu o Cade em casos envolvendo plataformas digitais?; 3.1. Atos de concentração; 3.2. Processos administrativos; Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

No jargão do direito da concorrência, o termo “teoria do dano” é usualmente empregado para descrever, de forma estruturada, as razões pelas quais uma determinada ação pode afetar negativamente a concorrência e, com isso, prejudicar os consumidores. Ao estabelecer um nexo de causalidade entre um fato e um resultado, uma teoria do dano se traduz, assim, em uma suposição ou conjunto coerente de ideias que, complementando os elementos tradicionais da análise antitruste, mapeia e analisa, de forma empiricamente embasada, os incentivos que levam agentes econômicos a incorrerem em certas práticas. Teorias do dano são, portanto, proposições destinadas a pôr à prova uma tese concreta e plausível, delimitando e contextualizando a aplicação de normas gerais. Em termos práticos, materializam-se em testes voltados a demonstrar se a conduta ou estrutura em análise consubstancia violação à concorrência³.

Por se tratarem de construções teóricas – que podem chegar a compor um corpo jurisprudencial – elaboradas pela própria prática do antitruste ao longo do tempo, teorias do dano se caracterizam também por atribuírem maleabilidade, capacidade de ajuste e calibragem a regras e a interpretações do direito. Nesse sentido, a formulação de teorias do dano é capaz de fazer evoluir e refinar a aplicação da defesa da concorrência para melhor corresponder a novos desafios contemporâneos.

A análise de mercados digitais e dos complexos e inovadores modelos de negócios que surgiram a partir da expansão da internet comercial e da popularização de dispositivos digitais é, provavelmente, o maior desafio à defesa da concorrência das últimas décadas.⁴ Como resultado, em todo o mundo, nota-se o florescimento de uma literatura voltado a discutir os problemas resultantes da aplicação do direito antitruste a plataformas digitais e suas potenciais soluções⁵. Em meio a isso, diversas novas teorias do dano vêm sendo discutidas e propostas internacionalmente para mercados digitais, servindo como camadas adicionais ao arcabouço existente.⁶ No Brasil, o próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) já reconheceu a relevância de usar teorias do dano para

3 Propor uma teoria do dano pressupõe, na defesa da concorrência, que seja desenvolvida uma abordagem lógica e economicamente consistente sobre um dado comportamento ou operação anticompetitivo em função do seu potencial lesivo. Segundo Zenger e Walker (2012), uma teoria do dano bem definida possui as seguintes características: deve ser capaz de articular como a competição – e, em última análise, os consumidores – serão prejudicados à luz de uma análise contrafactual apropriada, deve ser interna e logicamente consistente, bem como deve ser consistente com os incentivos que as diversas partes envolvidas possuem para agir, assim como consistentes (ou ao menos não inconsistentes) com a evidência empírica disponível.

4 Tal desafio foi intensificado pela pandemia de Covid-19, que forçou diversos serviços e atividades a migrarem para o ambiente virtual, como discutem Gonçalves, Coutinho e Kira (2020).

5 A revisão detalhada da literatura acerca da definição de plataformas digitais e seus desafios específicos para a defesa da concorrência já foi abordada por outros estudos do campo e está fora do escopo do presente artigo. Ver, por exemplo, Lancieri e Sakowski (2020), Lianos (2019), Coyle (2019).

6 Exemplo disso é o esforço feito pelo *Thurman Arnold Project* da Universidade de Yale para formular teorias do dano para algumas das importantes e poderosas plataformas digitais existentes hoje: Amazon, Apple, Facebook, Google Ad Tech e Google Mobile. Em março de 2020 esses estudos foram apresentados à *Federal Trade Commission* norte-americana (YALE, 2020).

análises de mercado digitais. Por exemplo, no caso Mosaico/Buscapé (08700.002703/2019-13), o parecer da Superintendência-Geral (SG) citou um relatório comissionado pela Comissão Europeia a este respeito:

No caso do setor em análise, nota-se especial dinamicidade e flexibilidade na oferta de serviços. Sobre esse setor, segundo o recente estudo da Comissão Europeia “Competition policy for the digital era” (Crémer, Montjoye e Schweitzer), os maiores desafios na análise de mercados digitais estão justamente relacionados à definição do mercado relevante. Segundo o documento, “no mundo digital, os limites do mercado podem não ser tão claros quanto nos mercados tradicionais. Eles podem mudar muito rapidamente. Além disso, no caso de plataformas de múltiplos lados, a interdependência dos “lados” torna-se parte crucial da análise, considerando que o papel tradicional de definição do mercado tem sido o de isolar problemas. Portanto, argumentamos que, nos mercados digitais, devemos dar menos ênfase à análise da definição de mercado e mais ênfase nas teorias de dano e identificação de estratégias anticompetitivas” (CRÉMER, MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019, p. 3, grifo nosso, tradução nossa).

Não obstante, apesar desse reconhecimento, uma revisão dos casos envolvendo plataformas digitais analisados pela autoridade brasileira mostra que o Cade ainda ensaia articular teorias do dano especificamente desenhadas para lidar com aspectos específicos de mercados e plataformas digitais, como os fatos de terem dois ou mais lados, envolverem a coleta e a comercialização massiva de dados e estarem sujeitas à vertiginosa dinâmica inovativa da internet. Vale dizer: o exame da jurisprudência do órgão revela que mesmo em casos em que a SG e/ou o Conselho reconheceram se tratar de plataformas digitais, foram seguidos passos de análise de mercados tradicionais, incluindo, entre outros, a identificação de mercado relevante em termos geográficos e de produto, a verificação de sobreposição horizontal ou vertical, e discussão acerca de riscos de fechamento de mercado ou de aumento arbitrário de preços. Nesses casos, como se verá adiante, a variável preço adquire centralidade.

Neste artigo, argumenta-se que em vista disso, faz-se necessária a atualização das teorias do dano adotadas pelo Cade com o objetivo de sofisticar os parâmetros e elementos de análise concorrencial consolidados aos longo de décadas, bem como identificar incentivos a práticas anticompetitivas peculiares a plataformas digitais. A premissa da qual se parte é que a autoridade brasileira, ao usar o referencial de análise lastreado em teorias do dano tradicionais, aplicáveis a mercados analógicos, pode deixar de considerar relevantes certos (novos em alguns casos) riscos potenciais e efetivos à concorrência típicos de mercados digitais.

Com base na literatura já existente, defende-se que um conjunto de teorias de dano aplicável às plataformas digitais, além de ser dinâmico e ajustável no tempo à luz da experiência e das mudanças tecnológicas, deve dedicar especial atenção a pelo menos quatro conjuntos de problemas concorrenciais⁷. Esses problemas se estruturam em torno do que aqui classificamos como: (i) aumentos

⁷ Nos últimos anos, sobretudo sob a égide da nova lei de defesa da concorrência, os casos analisados pelo CADE envolvendo plataformas digitais vêm crescendo rapidamente, como será visto mais adiante.

de preços não monetários, (ii) redução da qualidade, (iii) redução da escolha e efeitos deletérios na inovação, e (iv) tratamento preferencial de certos produtos e serviços.⁸ Tais parâmetros são apresentados como reformulações de elementos e motivações comumente encontrados na formulação de teorias do dano tradicionais, mas com adaptações para mais adequadamente capturarem as dinâmicas particulares de mercados digitais. Um argumento adicional é no sentido de que a adequação das teorias do dano com base em tais parâmetros desempenha em si um papel inovativo na defesa da concorrência, uma vez que sofisticada e enriquece entendimentos jurisprudenciais, assim como atualiza e especifica, em função da análise de casos concretos, a própria legislação.

Além desta breve introdução, o artigo é dividido em quatro seções, sendo a primeira delas dedicada à discussão das teorias do dano com base em cada um dos acima mencionados conjuntos de problemas. Em seguida, apresenta uma análise da jurisprudência do Cade a respeito de plataformas digitais desde 2012, evidenciando a necessidade de atualização do ferramental analítico. Por fim, conclui argumentando que a elaboração de novas teorias do dano, levando em consideração os aperfeiçoamentos discutidos neste artigo, tem potencial de refinar a análise antitruste e de inovar sua aplicação, tornando-a aderente a novas dinâmicas de mercado, mesmo na ausência de reformas legislativas ou regulatórias⁹.

2. NOVAS TEORIAS DO DANO

Mesmo com mudanças de ênfase ocorridas em diferentes momentos da economia política, as teorias do dano mais usuais no antitruste se traduzem, de modo geral, em instrumentos por meio dos quais o poder de mercado e a dominância de certos agentes são testados e tratados com centralidade analítica.¹⁰ Por isso, a análise concorrencial tradicional exige que a intervenção pela autoridade antitruste ocorra quando o ato de concentração ou conduta analisado tenha ou possa ter um efeito anticompetitivo. A proteção do bem-estar do consumidor, assim, se dá por meio da identificação da teoria do dano aplicável, que analisa se e como o comportamento ou a operação pretendida poderia causar danos, efetivos ou potenciais, a um grupo de consumidores.

Atualmente, as características dinâmicas das plataformas digitais requerem, mais do que nunca, que a aplicação do antitruste seja adaptada e refinada (COUTINHO; KIRA, 2018). Um dos exemplos mais visíveis da inadequação da teoria do dano tradicional diz respeito à definição do merca-

8 Como sublinham Parker, Petropoulos e Van Alstyne (2020), as tradicionais teorias do dano associadas ao poder de mercado e a condutas anticompetitivas têm relação com três importantes variáveis de mercado: preço, qualidade e inovação. Por isso, ao tratar de mercados digitais, optou-se, neste artigo, por tratar dessas três variáveis para contrastar o padrão usual de teoria do dano com que a literatura descreve como novas teorias do dano aplicáveis a mercados digitais, e pela inclusão de um quarto conjunto de teorias do dano, mais tipicamente associadas a estes mercados.

9 Não queremos dizer, com isso, claro, que mudanças legislativas e regulatórias são desnecessárias para endereçar os novos desafios trazidos com a digitalização da economia. Pelo contrário, para certos tipos de problemas são necessárias reformas mais substantivas na política antitruste brasileira. O argumento que apresentamos é o de que a elaboração de novas teorias do dano seria algo mais imediatamente disponível à autoridade de defesa da concorrência para aprimorar a análise de mercados digitais e, em certos casos, complementar a futuras mudanças legislativas no campo do antitruste e da regulação.

10 Para uma análise das mudanças, em meio a distintos momentos de economia política, nos padrões de análise em casos envolvendo a defesa da concorrência nos EUA (com uma crítica à visão tida como leniente da assim chamada Escola de Chicago), ver Morton (2019).

do relevante, o que por sua vez costuma invocar procedimentos já estabelecidos, como o teste do monopolista hipotético. Em mercados digitais, contudo, grande parte da literatura argumenta que os métodos tradicionais empregados para identificar o mercado relevante não são adequados para plataformas digitais e que a análise deve considerar várias outras fontes de evidência. Por exemplo, o mencionado teste do monopolista hipotético - também conhecido como “pequeno porém significativo e não transitório aumento de preços” (ou SSNIP, na sigla em inglês) pode levar a uma definição imprecisa do mercado relevante e não resultar eficaz quando os bens ou serviços são oferecidos a preço zero (EVANS; SCHMALENSEE, 2016), algo não raro quando se trata de plataformas digitais, ou quando o mercado não é competitivo. De fato, ferramentas já consolidadas de direito antitruste muitas vezes não reconhecem o fornecimento a preço zero de um produto ou serviço como uma transação econômica¹¹.

Conforme argumentado por Khan (2017, tradução nossa), “focar principalmente no preço e no produto mina a aplicação eficaz do antitruste ao atrasar a intervenção até o momento em que o poder de mercado já está sendo exercido ativamente”. Esse exercício indesejável do poder de mercado, em última análise, repercute no bem-estar do consumidor de várias maneiras, seja na cobrança de custos mais altos, em produtos de qualidade inferior, ou em reduções na inovação e na escolha do consumidor.

Ao tratar de novas teorias do dano para plataformas digitais, Crémer, de Montjoye e Schweitzer (2019) resumem os principais pontos de atenção ao defenderem que estratégias adotadas por plataformas dominantes para reduzir a pressão competitiva devem ser proibidas mesmo quando o dano ao consumidor não puder ser precisamente mensurado. Quando as métricas tradicionais (baseadas em preço, por exemplo) não se aplicam, a aferição do poder de mercado deve ser “específica em relação ao caso, devendo levar em consideração *insights* de economia comportamental sobre a força dos vieses dos consumidores em favor de opções do tipo *default*, bem como quanto a gratificações de curto prazo”, dizem¹². Nesses casos, seria preciso levar em conta também o quanto as plataformas incumbentes estão protegidas (e se protegem) da competição. Esses autores chegam a defender, aliás, que a intervenção antitruste tradicional (que ocorre tipicamente *ex post*) será menos efetiva em mercados guiados por efeitos de rede a não ser que seja combinada com um arcabouço

11 As razões para a oferta de preços zero devem ser questionadas como um teste chave de uma teoria do dano para plataformas digitais. Como mostra a OCDE, “mercados com preço zero cresceram com suas características únicas e vasto escopo: sete das dez maiores companhias globais oferecem produtos e serviços com preço zero em mercados digitais”. Mostra ainda que o preço zero pode estar associado a estratégias voltadas a (i) gerar aquisição de dados, (ii) gerar publicidade, (iii) desenvolver uma nova base de consumidores ou, em certas tecnologias do tipo *open source*, promover certos objetivos altruístas (OCDE, 2018).

12 Os autores também mencionam o importante debate sobre a relação entre regulação e concorrência em mercados digitais, tema crucial que foge ao escopo deste trabalho. No entanto, vale registrar que no “checklist” da autoridade antitruste pode constar, quando se discute os componentes de uma nova teoria do dano, um tópico relativo à existência (ou não) de regras de natureza regulatória envolvendo plataformas digitais. Ver Crémer, Montjoye e Schweitzer (2019). Sobre a relação mutuamente constitutiva entre regulação e concorrência em plataformas digitais, ver Kimmelman (2019) e Kira, Gonçalves e Coutinho (2020).

regulatório apropriado (instituído *ex ante*)¹³.

À luz de tais desafios, como dito, uma literatura emergente tem discutido como adaptar as teorias do dano tradicionais aos mercados digitais, propondo adaptações nos parâmetros de análise e novas formas de estabelecer uma ligação entre os efeitos negativos da atuação das plataformas sobre a concorrência e os danos aos consumidores. Abaixo revisamos brevemente essas ideias para, na seção seguinte, investigar se (e em que medida) o Cade tem considerado tais adaptações na análise de casos recentes. O objetivo não é oferecer uma lista completa e exaustiva de novas teorias do dano apropriadas a mercados digitais, mas sim discutir como elementos centrais de teorias do dano tradicionalmente empregadas por autoridades de defesa da concorrência são tensionados pelas particularidades desses mercados e requerem, portanto, um ajuste de foco nas lentes para uma análise antitruste mais refinada. Para tanto, propomos quatro blocos temáticos – cada qual por sua vez composto por uma miríade de potenciais preocupações concorrenciais em mercados digitais – como se verá abaixo.

2.1 Aumento de preços não monetários

Como vimos, a ausência da métrica padrão de preço monetário em plataformas digitais dificulta a identificação do aumento de preço como um dano concorrencial. Isso porque, em geral, um custo monetário funciona como um mecanismo de sinalização de mercado no processo competitivo, sujeitando o excedente do produtor às preferências do consumidor. Em plataformas que coletam e processam dados, tais informações podem funcionar de forma semelhante, na medida em que consumidores pagam por um produto ou serviço com seus dados pessoais e as informações geradas por suas interações com a plataforma (GAL; RUBINFELD, 2016)¹⁴. A moeda dessas plataformas são, pelo menos em parte, os dados fornecidos pelos usuários, que por seu turno são usados para gerar receitas por meio dos usuários do outro lado da plataforma, em geral agências de publicidade. Isto é: os consumidores cedem informações em troca de um produto que desejam.

Se os dados podem ser tratados como um custo não monetário, isso significa que é possível aplicar a lógica da cobrança excessiva e estruturar uma teoria do dano análoga, mas adaptada. Ou seja, se o aumento injustificado de preços por uma empresa pode ser considerado um dano a consumidores, a coleta excessiva de dados pode ser por extensão considerada um problema concorrencial. O risco de que consumidores sejam forçados a pagar custos excessivos é ainda maior pelo fato de plataformas de preço zero engendram severa assimetria de informações em relação às transações de dados, vez que consumidores desconhecem o verdadeiro escopo de sua extração, a natureza e o

13 Crémer, Montjoye e Schweitzer (2019) apontam, ademais, para a importância da incorporação do aprendizado decorrente do enforcement de casos envolvendo plataformas e, para tanto, sugerem, entre outras coisas, que deve caber ao incumbente enfrentar o ônus da prova de provar o impacto procompetitivo de sua conduta, sustentando, ainda, que “essa presunção pode ser também justificada quando plataformas dominantes controlarem grupos de usuários competitivamente relevantes ou dados agregados que competidores não podem reproduzir”.

14 Plataformas que oferecem serviços a preço zero para um grupo de usuários frequentemente adotam estratégias de subsídio cruzado entre os diferentes grupos de usuários. Isso é, as plataformas subsidiam o custo de prestação de um serviço de um lado da plataforma para atrair um maior volume de usuários do outro lado do mercado, compensando por meio do preço cobrado de grupos no lado complementar da plataforma (em geral, o lado menos sensível a cobrança de preços). Para mais detalhes, ver Evans e Schmalensee (2016).

propósito do seu uso, e as consequências disso resultantes. Assim, plataformas digitais possuem os meios e os incentivos para impor um “custo” de dados que possa exceder o necessário para o fornecimento do produto ou serviço em questão (KEMP, 2020). Ou seja, plataformas de preço zero também podem cobrar “preços” mais altos do que cobriam se monetizassem explicitamente sua estratégia, medidos em termos de “excesso de dados”.

Sob a ótica do direito da concorrência europeu, por exemplo, a coleta excessiva de dados por empresas dominantes pode ser considerada uma conduta exploratória comparável ou análoga a preços excessivos (COSTA-CABRAL; LYNSKEY, 2017). A decisão da autoridade de concorrência alemã (*Bundeskartellamt*) no caso Facebook, recentemente confirmada pelo Tribunal Federal de Justiça da Alemanha, é um exemplo da aplicação dessa teoria do dano a plataformas digitais¹⁵. Com base na análise dos termos de uso da plataforma, a autoridade alemã decidiu que a empresa abusou de sua posição dominante “ao condicionar o uso de sua rede social à permissão de acumular ilimitadamente todo tipo de dados gerados pelo uso de sites de terceiros e mesclá-los com a conta do usuário no Facebook”¹⁶.

2.2 Redução da qualidade

Outra teoria do dano aplicável a mercados digitais relaciona-se com a redução da qualidade pela coleta excessiva de dados e violação à privacidade de usuários. A literatura sugere que a qualidade pode ser tratada como uma métrica autônoma de competitividade em tais mercados - vale dizer, por meio de uma “pequena porém significativa e não transitória redução de qualidade” (CRÉMER, MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019). Isso implicaria considerar, em uma teoria do dano aplicada a mercados digitais, o escopo da coleta de dados na medida em que isso afeta a privacidade do consumidor como uma medida de qualidade do produto (OCDE, 2018; KEMP, 2020). Dito isso, uma diminuição unilateral no controle do usuário sobre os dados pode ser considerada uma degradação da qualidade do produto e, portanto, resultar em um dano potencial ou em prejuízos palpáveis.

Empresas dominantes têm em geral incentivos para adotar configurações de privacidade mais baixas - permitindo, por exemplo, o processamento de dados sem consentimento explícito. Essa degradação da qualidade nos mercados digitais pode ser vista, por exemplo, nas ferramentas de busca, que têm incentivos para priorizar a coleta de dados e mostrar no topo da tela dos resultados da pesquisa sites que geram mais receita de anúncios *pay-per-click*, em vez de fornecer os resultados de pesquisa mais relevantes (EZRACHI; STUCKE, 2015).

As autoridades de concorrência também reconhecem cada vez mais que o nível de proteção de dados e proteção da privacidade oferecido por um produto ou serviço digital pode estar sujeito à análise antitruste como um aspecto da qualidade (ESAYAS, 2018; LYNSKEY, 2018; EDPS, 2014). No caso da compra do LinkedIn pela Microsoft, a Comissão Europeia reconheceu que a privacidade dos dados é “um fator significativo de qualidade” e, portanto, deve ser considerada como um parâmetro pelo qual as empresas podem competir ou sufocar a concorrência em ambientes digitais. De forma semelhante, no caso da fusão Facebook/WhatsApp, a Comissão reconheceu a existência a privacidade

15 Decisão do Bundesgerichtshof KVR 69/19, de 23 de junho de 2020.

16 Decisão do Bundeskartellamt B6-22/16, de 6 de fevereiro de 2019.

como um componente da qualidade do produto, apontando que muitos aplicativos de comunicação apresentam riscos de manipulação de dados como funcionalidades específicas. Nenhuma dessas operações, no entanto, foi barrada com base no argumento de deterioração da qualidade.

Mais recentemente, no Brasil, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) e outras organizações de proteção ao consumidor pressionaram as autoridades de concorrência em todo o mundo para investigar a aquisição da Fitbit (uma empresa que produz relógios digitais) pelo Google, argumentando, entre outras coisas, que o processamento de dados pessoais pela empresa resultante pode ser usado para deteriorar a qualidade de serviços e, conseqüentemente, minar a concorrência no mercados digital e no mercado da saúde.

2.3 Redução da escolha e efeitos deletérios na inovação

O terceiro conjunto de teorias do dano adaptada aos mercados digitais decorre da redução da escolha e dos efeitos negativos na inovação decorrente de determinadas condutas e atos de concentração. Plataformas digitais - especialmente as grandes e já estabelecidas em seus mercados - têm tendências inerentemente monopolistas devido à presença de fortes efeitos de rede e, em determinadas circunstâncias, trazem consigo altos custos de mudança (*switching costs*), que desincentivam usuários a procurar plataformas alternativas (COYLE, 2019).

Os custos de mudança se constataam “quando consumidores valorizam formas de compatibilidade que requerem que compras separadas sejam feitas na mesma empresa” (FARRELL; KLEMPERER, 2007), ou seja, resultam do desejo de compatibilidade entre sua compra atual e um investimento anterior. Nesse contexto, os benefícios de troca para uma plataforma diferente devem ser altos o suficiente para persuadir consumidores a arcarem com esses custos. Custos de mudança e a intensidade com a qual eles agem como barreiras à entrada podem ser mitigados por vários fatores, como a existência de ferramentas e padrões (inclusive regulatórios) para permitir maior compatibilidade entre diferentes plataformas e serviços (como, por exemplo, a interoperabilidade ou a portabilidade de dados), se consumidores usam mais de uma plataforma para o mesmo serviço (ou seja, se consumidores *multi-home*)¹⁷.

Elevados custos de troca e acentuados efeitos de rede podem, em suma, criar barreiras à entrada em mercados digitais. Novos atores enfrentam enorme dificuldade em reunir uma massa crítica grande o suficiente para entrar no mercado ou para oferecer bens e serviços em um nível competitivo (COYLE, 2019). Devido à dinâmica conhecida como “o vencedor leva tudo” (*winner-takes-all*), novas empresas têm dificuldade para substituir incumbentes, mesmo quando são mais eficientes ou inovadoras. A concentração nos mercados digitais, portanto, pode levar à redução tanto da escolha do consumidor, como reduzir incentivos à inovação.

Já a relação entre concorrência e inovação, sabe-se, é complexa e antecede a emergência das plataformas digitais. O debate é também relevante em outros setores econômicos intensivos em inovação, como o setor farmacêutico, no qual há preocupações acerca da estrutura de mercado adequada para a criação de novos produtos e tecnologias. Com base em estudos econométricos, autores

¹⁷ Para uma discussão sobre portabilidade de dados ver Ponce (2020). Para os efeitos do *multi-homing* nas dinâmicas competitivas, ver Armstrong (2006).

influentes têm defendido que a relação entre tais variáveis tem o formato de um U invertido: tanto a falta de competição, como o excesso de concorrência podem sufocar a inovação (AGHION *et al*, 2005). O funcionamento dos mercados digitais acrescenta, no entanto, uma nova camada de complexidade ao debate por conta do maior volume e do ritmo acelerado da inovação, que ocupa um papel central no modelo de negócios das empresas que atuam no setor.¹⁸

A identificação de um dano competitivo através das lentes da redução aos incentivos à inovação exige que a política de concorrência enxergue para além da competição estática e considere as especificidades da estrutura de mercado e do processo competitivo à luz de critérios de eficiência dinâmica, típicos da economia evolucionária da ciência, tecnologia e inovação. A pretexto disso, Khan (2019) argumenta que em casos envolvendo plataformas digitais isso demandaria que as autoridades antitruste considerassem se a conduta ou ato de concentração proposto reduziria o investimento e a atividade empresarial por partes independentes em um quadro dinâmico. Isso já vem acontecendo na União Europeia, onde começa a tomar corpo na jurisprudência uma teoria do dano deste tipo, caracterizada pelo impedimento significativo da inovação na indústria (SIII, na sigla em inglês para *Significant Impediment to Industry Innovation*) (PETIT, 2017).

Uma das tendências identificadas em mercados digitais identificadas pela literatura – e que mais recentemente entrou no escopo de investigações antitruste em andamento contra empresas de tecnologia¹⁹ – é a estratégia seguida por empresas dominantes de adquirir – com seus “*deep pockets*” – empresas inovadoras menores antes que se tornem concorrentes significativos. Por exemplo, Argentesi *et al* (2021) relatam que em 60% das aquisições realizadas pelo Google, Facebook e Amazon entre 2008 e 2018, as empresas-alvo tinham quatro anos ou menos de existência na data da operação.

A literatura também identifica o risco acentuado de ‘aquisições assassinas’ (ou *killer acquisitions*, no termo em inglês) em mercados digitais – casos em que a aquisição de empresas inovadoras por empresas dominantes leva não apenas à perda de concorrência potencial, mas também à perda de um produto ou serviço inovador ou potencialmente disruptivo. Cunningham, Ederer e Ma (2018) definem aquisições assassinas como transações nas quais uma empresa incumbente adquire um alvo inovador “e encerra o desenvolvimento das inovações do alvo para prevenir a concorrência futura”. Tais “homicídios corporativos” são, assim, uma versão qualificada da teoria do dano que descreve riscos à inovação pela perda de um competidor potencial. Vale frisar: tais aquisições devem preocupar as autoridades não apenas porque reduzem as restrições competitivas no mercado em questão ao retirarem do mercado uma empresa cujas tecnologias poderiam ter desafiado o operador dominante, mas também porque eliminam um produto do mercado, limitando a escolha de consumidores.

2.4. Preferência por serviços e produtos próprios

18 Sobre a pertinência de novas teorias do dano à luz de aspectos ligados à inovação nos controles de concentração ver Solidoro (2019).

19 Esse é um dos pontos dos processos antitruste iniciados por autoridades federais e estaduais dos EUA para investigar o Facebook, sob suspeita de que a compra do Instagram e do WhatsApp teriam tido o objetivo de eliminar competidores potenciais. Ver Kang e Isaac (2020).

Por fim, um quarto conjunto de questões para a consideração na elaboração de teorias do dano próprias de mercados digitais está relacionado à estrutura integrada das plataformas e à existência de diversos meios e incentivos para a adoção de estratégias exclusionárias e fechamento do mercado. Devido à relação de interdependência entre múltiplos serviços, produtos e à interconexão propiciada entre diferentes grupos de usuários, a literatura tem comparado mercados digitais (de forma não isolada) a ecossistemas (EZRACHI; STUCKE, 2016). Como um recife de coral que atrai várias formas de vida subaquática, os mercados digitais são descritos como um ambiente composto por consumidores, vendedores, anunciantes, desenvolvedores de software, aplicativos e fabricantes de acessórios, entre outros. A existência de ecossistemas digitais abrangentes traz novas questões antitruste, em particular em termos de integração e os efeitos anticompetitivos e pró-competitivos que podem surgir dessa dinâmica (JACOBIDES; LIANOS, 2021).

Em muitos casos, a estrutura interconectada dos mercados digitais possibilita que uma mesma empresa ou grupo econômico desempenhe um papel duplo como operador de plataforma e, ao mesmo tempo, participante do *marketplace* oferecido por ela. Em outras palavras, a estrutura desses mercados possibilita que uma empresa que atue como intermediária para diferentes grupos de usuários – identificada como *gatekeeper* – possa também competir com esses mesmos usuários (KHAN, 2019). Pesquisadores e algumas autoridades antitruste ao redor do mundo têm olhado com cautela para o fato de que plataformas capazes de ser também *gatekeepers* podem mais facilmente se engajar em comportamentos anticompetitivos e distorcer a concorrência.

Em particular, causam preocupação os efeitos concorrenciais das práticas mais recentemente descritas como *self-preferencing*, que se referem a situações nas quais uma empresa dominante dá preferência aos seus próprios produtos ou serviços em detrimento dos produtos de empresas concorrentes, seja no mercado à jusante ou em mercados relacionados por ela controlados (SOUSA, 2020). Mesmo que tais práticas não sejam exclusivas de mercados digitais, a identificação das condutas potencialmente anticompetitivas é neles mais complexa. As práticas de *self-preferencing* por plataformas digitais podem se dar de forma sutil, por vezes por meio do uso de algoritmos ou outros métodos que não são facilmente identificáveis pelos consumidores, ou mesmo pela autoridade antitruste. De fato, a assimetria de informação é marcadamente mais problemática nesses casos.

Para lidar com os desafios relacionados à identificação e à mitigação de condutas potencialmente anticompetitivas de empresas que ocupem uma posição privilegiada em mercados digitais, algumas jurisdições têm considerado a adoção de medidas regulatórias assimétricas. A Comissão Europeia, por exemplo, apresentou uma proposta de regulação – que recebeu o nome de *Digital Markets Act* – que introduziria regras mais rígidas para empresas categorizadas como *gatekeepers*²⁰. Tais plataformas estariam sujeitas a obrigações que incluem a proibição *ex-ante* de *self-preferencing*, assim como a exigência de adoção de medidas de interoperabilidade e portabilidade de dados, entre outras. No Reino Unido, está em análise uma proposta para adoção de um novo regime regulatório para promoção de concorrência em mercados digitais. Ela prevê a adoção de regras diferenciadas para empresas de tecnologia que desfrutam de “status de mercado estratégico” (SMS) – ou seja,

20 A proposta de regulação define uma plataforma *gatekeeper* como uma plataforma que possua uma forte posição econômica no mercado europeu, uma forte função de intermediação (conectando um grande número de usuários), e uma posição consolidada e durável no mercado. Ver The Digital... ([2020?]).

empresas com “poder de mercado substancial e consolidado, quando os efeitos desse poder de mercado são particularmente generalizados ou significativos”. A proposta prevê também criação de uma força-tarefa, nomeada *Digital Markets Taskforce*, responsável por supervisionar os mercados e aplicar o novo regime regulatório (CMA ADVISES..., 2020).

3. Como decidiu o Cade em casos envolvendo plataformas digitais?

Os debates doutrinários e interpretativos da última década acerca dos desafios concorrenciais das plataformas digitais, aos quais a seção anterior fez alusão, não passaram despercebidos pelo Cade. Ao contrário: a autoridade brasileira lidera um grupo de trabalhos para discutir novas questões trazidas pelos mercados digitais nos países BRICS e tem destinado recursos à contratação de consultores especialistas no tema, investindo em produção de conhecimento e capacitação técnica²¹. No entanto, isso não significa que o entendimento jurisprudencial do Cade já tenha alcançado as bases sólidas de novas teorias do dano aplicáveis às plataformas. Identificar se, e em qual medida, tais teorias do dano são incorporadas pela autoridade antitruste brasileira é uma questão empírica que exige a análise qualitativa das decisões.

Esta seção relata os resultados de pesquisa jurisprudencial que buscou responder à seguinte pergunta: nos casos envolvendo plataformas digitais, decididos na vigência da Lei 12.529/2011 (BRASIL, 2011)²², o Cade fez análises com base em teorias do dano tradicionais ou se apoiou em teorias do dano adaptadas a mercados digitais? A busca por atos de concentração sumários, atos de concentração ordinários e processos administrativos por meio do Serviço Eletrônico de Informações (SEI) retornou 30 entradas únicas correspondendo aos termos de busca utilizados²³. Uma análise preliminar dos resultados levou ao descarte de dois processos, que mencionaram plataformas digitais de forma incidental²⁴. Todos os processos restantes envolviam modelos de negócios estruturados em torno de plataformas digitais ou grupos econômicos controladores de plataformas digitais. Foram identificados e analisados, portanto, 28 casos com decisão final de mérito tomada entre maio de 2012 e setembro de 2020.

Uma primeira conclusão que salta aos olhos foi que o volume de casos decididos pelo Cade envolvendo plataformas digitais cresceu significativamente ao longo da última década. Mesmo considerando que foram coletados apenas dados parciais para o biênio 2020-2021 e tendo em vista a crise econômica global causada pela pandemia de Covid-19, foram identificados julgados relevantes no ano corrente. O Gráfico 1 abaixo apresenta uma síntese dos processos selecionados, organizados de acordo com o biênio no qual a decisão final foi proferida.

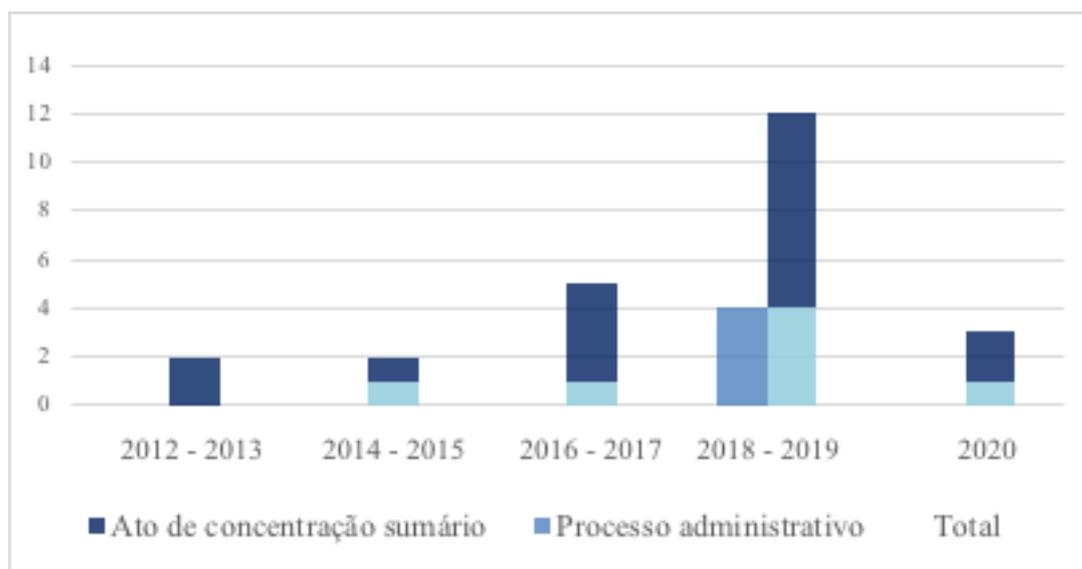
Gráfico 1 – Casos envolvendo mercados digitais analisados pelo Cade entre maio de 2012 e setembro de 2020

21 Ver relatório produzido pelas autoridades (BRASIL, 2019) e Lancieri e Sakowski (2020).

22 Não entraram na análise casos analisados pelo Cade sob a Lei No 8.884/1994.

23 Palavras chave utilizadas: “plataforma digital” OU “plataformas digitais”; “mercado digital” OU “mercados digitais”; “plataforma online” OU “plataformas online”. É possível que um ou mais processo relevante não tenha sido identificado pelo uso desses termos de busca na plataforma.

24 AC 08700.006723/2015-21 e AC 08700.005920/2019-57.



Fonte: Autores, com base em processos coletados via SEI em setembro de 2020

A análise dos pareceres e notas técnicas proferidos pela Superintendência Geral, pelo Departamento de Estudos Econômicos e pelo Tribunal buscou identificar se na análise dos casos e nos fundamentos das decisões, novas teorias do dano foram articuladas pelos órgãos da autarquia ou por seu Tribunal. Pode-se dizer, resumidamente, que na grande maioria dos processos analisados não foram desenvolvidas e articuladas novas teorias do dano à luz dos conceitos discutidos na seção anterior. Vale dizer, confirma-se a suposição inicial de que o Cade ainda se valeu dos critérios e parâmetros usuais (“análogos”) de análise do potencial de dano para a tomada de decisão.

3.1 Atos de concentração

Os atos de concentração constituem a maior parte dos casos, mas apenas em uma fração muito pequena desses processos o Cade se engajou em discussões substanciais acerca das particularidades dos mercados digitais. Nesses casos, na linha das análises antitruste aqui descritas como tradicionais, o foco em mercados relevantes e centralidade analítica do preço caminharam juntos. Assim, definições tradicionais de mercado relevante com base em critérios geográficos e de produtos foram empregadas na maior parte dos casos.

Por exemplo, em 2013, na aquisição de participação acionária pela Google na plataforma de vídeo *online* Vevo, o Cade considerou potenciais efeitos anticoncorrenciais decorrentes tanto da sobreposição horizontal no mercado de publicidade *online* e no mercado de fornecimento de entretenimento *online* em domicílios, como também riscos relacionados à sobreposição vertical, na medida em que a Vevo licencia conteúdo de para diversas plataformas de exibição, incluindo o YouTube (plataforma pertencente à Google)²⁵.

A análise mencionou o fato de que o serviço de exibição de conteúdo de entretenimento pela internet pode ser classificado como plataforma de dois lados, conectando usuários finais e anunciantes, mas potenciais riscos à concorrência que poderiam decorrer desta característica não

25 AC 08700.003373/2013-80

foram discutidos na decisão. Mais especificamente, não houve na análise qualquer menção ao fortalecimento dos efeitos de rede que decorriam da operação, ou o fato de que a transação poderia contribuir para que a Google tivesse mais acesso a dados valiosos sobre o mercado de entretenimento, o que poderia fortalecer sua posição dominante. Além disso, o Cade não discutiu ou analisou o risco de que a transação poderia criar mais incentivos para favorecimento do YouTube em detrimento de outras plataformas para as quais a Vevo fornece conteúdo *online*.

Nenhuma dessas teorias do dano, típicas de mercados digitais, foi considerada na análise da SG. A operação foi aprovada sem restrições pela SG com base em dois grupos de argumentos, desenvolvidos principalmente pela análise de dados quantitativos sobre participação de mercado. Em relação às sobreposições horizontais, a SG examinou a participação de mercado da Google e da Vevo nos dois mercados identificados e concluiu que ambos mercados eram “bastante competitivos”, contando com a presença de “fortes concorrentes”, e que, apesar da forte posição da Google, o *market share* da Vevo era “bastante diminuto”, o que levou ao descarte de riscos concorrenciais. Já em relação à sobreposição vertical, a análise concluiu que a relação entre Vevo e Google era pré-existente à operação e, portanto, não ensejaria preocupações. Ou seja, ambos os argumentos foram elaborados com base em critérios “analógicos”, que não levaram em consideração dinâmicas competitivas típicas de mercados digitais²⁶.

Outro caso ilustrativo foi a análise pelo Cade, em 2016, da aquisição da rede social LinkedIn pela Microsoft²⁷. De forma semelhante, a análise pela SG também foi focada em eventuais riscos concorrenciais decorrentes de sobreposições horizontais e verticais resultantes da operação. Novamente, em relação à sobreposição horizontal, foi discutido o aumento da participação da Microsoft no mercado de publicidade *online*, mas o risco foi afastado com base no argumento de que ambos os *players* envolvidos eram agentes pequenos, com reduzida participação de mercado, atuando em uma área bastante fragmentada. Em relação à sobreposição vertical, a análise da SG deu ênfase à possibilidade de integração do software de Gestão de Relacionamento com o Cliente (*Customer Relationship Manager*, ou CRM, na sigla em inglês) da Microsoft com a ferramenta de vendas do LinkedIn (*Sales Navigator*), mas concluiu que os riscos seriam mínimos por conta da baixa participação de mercado da Microsoft no mercado CRM no Brasil.

Apesar de a análise ter reconhecido que a LinkedIn é uma rede social que coleta e processa dados de usuários, os aspectos e potenciais implicações concorrenciais dessa característica não foram discutidos. Tampouco houve discussão acerca do fato de ambas as partes serem mercados de múltiplos lados ou de como essa caracterização influenciaria a análise das dinâmicas competitivas. Outra lacuna na análise do Cade foi em relação ao risco de que a Microsoft, como líder no mercado de hardware e sistemas operacionais, possa favorecer o uso do LinkedIn, ou prejudicar redes sociais concorrentes. Isso poderia ser feito, por exemplo, por meio da pré-instalação de aplicativos em apa-

26 Não estamos argumentando aqui que o resultado final (aprovação sem restrições) seria necessariamente diferente se tais particularidades fossem consideradas, mas sim que a análise seria mais ajustada e aderente à estrutura e ao funcionamento destes mercados e, por isso, mais adequada.

27 AC 08700.006084/2016-85

relho²⁸. Nenhuma dessas preocupações típicas de mercados digitais foi, enfim, discutida na análise do caso e a operação foi aprovada sem restrições, com base no entendimento da SG de que os aspectos avaliados não indicavam potenciais efeitos concorrenciais.

Mais recentemente, no caso da aquisição de controle pela Magazine Luiza dos negócios da NS2, a SG analisou os riscos da operação com base na alegação que a operação não resultaria “em sobreposição horizontal, pois o Magazine Luiza pode ser classificado como player do “comércio varejista de bens duráveis”, enquanto que a NS2 está muito mais próxima de uma loja de varejo especializado (artigos esportivos, vestuário, calçados e acessório), seja no comércio físico ou no *e-commerce*”²⁹. Nesse caso, mais uma vez, os efeitos de rede e a possibilidade de integração de dados não foram discutidas como variáveis concorrenciais relevantes.

Mesmo em casos nos quais houve menção expressa às dificuldades de aplicar ferramentas de análise tradicional a tais plataformas, em sua maior parte tais variáveis não foram decisivas para o resultado a que chegou o Cade. Por exemplo, no julgamento do caso OLX e Grupo Zap, a SG destacou a importância do uso de dados em plataformas digitais e apontou para um debate preliminar sobre os riscos à inovação que poderiam emergir da operação ao afirmar que “as Requerentes possuem condições de impedir ou degradar o acesso de outras empresas”, bem como de “restringir ou degradar a conexão” a softwares CRM de terceiros³⁰. No entanto, apesar de reconhecer o risco de potencial discriminação, a SG concluiu que as plataformas não teriam incentivos para tanto. O órgão decidiu, assim, autorizar a operação sem impor quaisquer restrições, alegando considerar desproporcional a imposição de remédio antitruste diante da mera possibilidade de ocorrência de uma discriminação.

No parecer da SG no caso Mosaico/Buscapé, já mencionado na introdução, houve também menção explícita à dificuldade de delimitar o mercado relevante no mundo digital, bem como o reconhecimento da existência de um “importante desafio em traçar uma linha precisa que englobe exatamente as plataformas e serviços que concorrem entre si”³¹. Mesmo assim, a decisão foi baseada na definição do mercado relevante envolvendo os serviços de comparação de preços, seguindo precedentes anteriores, e não com base em novas teorias “digitais” do dano - como a própria discussão preliminar do caso parecia apontar.

Mas o caso mais interessante em termos de análise do papel dos dados e desenho de um remédio adaptado ao modelo de negócios de plataformas talvez tenha sido a análise da *joint venture* proposta pelos principais bancos brasileiros para a formação de um *bureau* de crédito. Na análise da operação, tanto a SG como o conselheiro relator destacaram os riscos de fechamento do mercado de

28 Tais preocupações foram claramente articuladas na análise conduzida pela Comissão Europeia, por exemplo, que explorou se a o ato de concentração poderia alavancar a forte posição da Microsoft no mercado de sistemas operacionais para o mercado de serviços de rede social, reforçando assim a vantagem competitiva do LinkedIn e excluindo os seus concorrentes. As estratégias com potenciais efeitos anticompetitivos consideradas pela Comissão incluíram a possibilidade de pré-instalação do aplicativo do LinkedIn em computadores Windows; e a integração dos recursos do LinkedIn ao pacote Office, entre outras. A operação foi aprovada condicionalmente, sujeita a um conjunto de compromissos visando preservar a concorrência entre as redes sociais profissionais na Europa. Decisão no Caso M.8124 – Microsoft/LinkedIn, Comissão Europeia, 6 de dezembro 2016. Para uma análise detalhada, ver Argentesi *et al* (2021).

29 AC 08700.002377/2019-36

30 AC 08700.001796/2020-94

31 AC 08700.002703/2019-13

pontuação de crédito decorrentes do grande volume de dados de consumidores mantidos pelos bancos proponentes. A *joint venture* foi aprovada com remédios, condicionada à celebração do Acordo em Controle de Concentrações (ACC), que incluiu um compromisso específico exigindo que as partes continuassem a fornecer dados a todas as agências de crédito, sem discriminação ou concessão de tratamento favorável à sua própria agência³².

3.2 Processos administrativos

A proporção de casos que considerou teorias do dano típicas de plataformas digitais foi muito maior dentre os processos administrativos para apuração de violação à ordem econômica. Os três casos com decisão de mérito envolvendo a empresa Google mobilizaram argumentos sofisticados refletindo as particularidades dos modelos de negócios da empresa e os potenciais danos aos consumidores decorrentes das práticas apuradas³³. Nesses casos, os documentos fizeram referência frequente a processos semelhantes analisados por autoridades antitruste ao redor do mundo, com especial ênfase aos fundamentos das decisões tomadas pela autoridade dos Estados Unidos e da União Europeia.

No julgamento do caso conhecido como Google Shopping, o relator do caso reconheceu que quando se trata de plataformas “a possível desconsideração das múltiplas conexões entre os diferentes grupos de consumidores, bem como entre os produtos e serviços oferecidos pode eventualmente induzir a aferição distorcida do poder de mercado detido pela empresa”. Nesse sentido, o subsídio cruzado viável entre os múltiplos lados da plataformas faz com que seja possível que “um agente com poder de mercado pratique preços inferiores ao custo marginal de um dos lados da plataforma, levando a uma conclusão de falso negativo para o poder de mercado. Da mesma forma que a análise do custo superior do outro lado pode levar a um resultado falso positivo”. Ou seja, mesmo em situações em que serviços são oferecidos a custo monetário zero a um dos lados do mercado, ainda é possível discutir poder de mercado, mas a aferição é mais complexa³⁴. Como se nota, trata-se de um exercício incipiente e inovador de recurso a uma nova teoria do dano, mesmo que sem aprofundamento.

Na análise do caso pelo Tribunal, a questão fundamental enfrentada foi se o Google teria privilegiado os resultados de sua própria ferramenta de comparação de preços em detrimento de serviços de competidores e com isso violado a lei brasileira. A conduta investigada pela autoridade antitruste brasileira foi, como se sabe, a mesma que já havia sido alvo de investigação pela Comissão Europeia, onde a empresa foi condenada. No caso brasileiro, tanto o parecer elaborado pela SG, como a análise econômica conduzida pela Departamento de Estudos Econômicos (DEE) identificaram a Google como ator dominante no mercado de buscas *online* e apontaram para o risco de que essa posição dominante pudesse ser usada para privilegiar seus próprios serviços de comparação de

32 AC 08700.002792/2016-47

33 O quarto caso identificado pelos termos de busca envolveu a empresa Uber, para apurar supostas práticas de litigância abusiva anticompetitiva (*sham litigation*) e de pressão coordenada e emprego de violência ou grave ameaça para exclusão de concorrente por associações de taxistas (PA 08700.006964/2015-71).

34 PA 08012.010483/2011-94

preços. Ou seja, fugindo ao padrão identificado nesta pesquisa, a teoria do dano do tipo *self-preferencing* foi considerada também na análise pela autoridade brasileira. Na análise pelo Conselho, embora a maior parte dos conselheiros tenha identificado a existência de tais riscos, houve divergência em relação a identificação dos efeitos causados pela conduta da Google. O debate avançou, de modo inovador no caso brasileiro, de forma relevante sobre a economia digital, sendo que parte dos conselheiros votaram pela condenação da empresa e pagamento de multa. A decisão final foi acirrada e o caso foi decidido apenas pelo voto de Minerva do presidente, que acompanhou o entendimento de parte do Conselho de que a conduta específica investigada não teria produzido efeitos anticoncorrenciais no território brasileiro, determinando o arquivamento do processo sem imposição de qualquer penalidade à empresa.³⁵

Outro caso envolvendo a plataforma de serviços de busca da Google também fez alusão ao risco de redução da inovação. No processo administrativo conduzido para apurar se a empresa estava copiando conteúdo concorrencialmente relevante de sites temáticos rivais para uso em seus próprios buscadores (prática conhecida como *scrapping*)³⁶, a SG reconheceu que poderia haver potenciais efeitos adversos à inovação, mas apontou dificuldades em identificar um dano ao consumidor final decorrente da conduta investigada:

É, no mínimo, difícil avaliar o quanto se deixou de produzir em razão de uma perda decorrente da falta de incentivos à inovação. Por outro lado, de acordo com a legislação antitruste brasileira, a mera potencialidade de dano, decorrente de uma prática anticompetitiva, conforme o art. 36 da Lei 12.529/11, já seria, por si só, suficiente para configuração de eventual conduta e existência de uma investigação neste sentido.

No caso, a SG não encontrou evidências de que a conduta anticoncorrencial de fato existiu e recomendou o arquivamento do caso. De forma semelhante, o Tribunal, decidiu pelo encerramento do caso sem condenação ou penalidade, alegando não haver provas de infração à ordem econômica. No entanto, seguindo a sugestão do voto-vista apresentado pela Conselheira Paula Azevedo, a SG foi oficiada para instauração de Inquérito Administrativo para averiguar as condições de concorrência no mercado de buscas e no mercado verticalmente relacionado de notícias.

Como visto, o Cade vem, progressiva e mais recentemente, buscando incorporar novas preocupações associadas à atualização de teorias do dano para casos envolvendo plataformas digitais. Trata-se, como mostrou esta seção, de uma curva de aprendizado cujo traçado vem sendo construído ao longo dos anos. Pode-se dizer, em face disso, que novas teorias do dano estão em desenvolvimento, mas também que esse processo pode - e deve - ser catalisado por meio de uma compreensão sistemática de seus elementos constitutivos.

Tabela 1 – Plataformas digitais e novas teorias do dano de acordo com a jurisprudência do Cade

35 Para uma análise detalhada da decisão, ver Silveira e Fernandes (2019).

36 PA 08700.009082/2013-03

	Casos de plataformas digitais	Casos com menções a aspectos de novas teorias do dano
Ato de concentração	24	4
Processo administrativo	4	3
Total	28	7

Fonte: Autores, (2020). A lista completa de casos considerados está disponível no anexo.

Em suma, a análise jurisprudencial identificou, resumidamente que as análises conduzidas pelo Cade tanto em casos de atos de concentração, como nos processos administrativos adota métricas e parâmetros tradicionais, como a delimitação de mercados relevantes e a identificação de sobreposições horizontais e verticais, bem como adota postura cautelosa em relação à identificação de efeitos anticompetitivos. Como visto, poucos atos de concentração discutiram aspectos específicos de plataformas digitais, ao passo em que na maioria dos processos administrativos (sobretudo nos casos envolvendo a plataforma Google) alguma consideração incipiente sobre elementos peculiares a plataformas digitais foi feita, sem que isso tenha, no entanto, sedimentado entendimentos jurisprudenciais de forma sistemática e intencional ou levado à condenação das empresas envolvidas. Na maior parte dos casos analisados, como se nota, não foram elaboradas novas teorias do dano aderentes às características de mercados digitais. Poder-se-ia conjecturar em que medida a falta de ferramentas analíticas e de parâmetros de decisão apropriados – ou seja, a ausência de lentes ajustadas – pode ter levado a autoridade a não enxergar potenciais danos na análise de condutas e atos de concentração envolvendo mercados digitais.

6. CONCLUSÃO

O trabalho, lastreado na premissa de que as plataformas digitais sugerem o desenvolvimento de novas teorias do dano concorrencial também no caso da jurisdição brasileira, revela que a literatura mais recente produzida com a finalidade de mapear os traços distintivos desse modelo de negócios ainda não foi incorporada de forma consistente e sistemática ao crescente – em termos de volume de casos e em complexidade - fluxo de casos que chega ao Cade. É preciso admitir que a autoridade reconhece a importância de adaptar seu ferramental analítico, mas vale consignar também que ela ainda não desenvolveu, em sua jurisprudência, os testes necessários para dar-lhes aplicabilidade prática.

Essa ausência se faz sentir na medida em que o emprego de teorias de dano ou padrões de análise tradicionais se revela incapaz de identificar e mitigar certos riscos subjacentes e incentivos ocultos, o que pode levar, não seria exagero dizer, a análises distorcidas. A jurisprudência internacional parece confirmar a suspeita, ao mostrar que em casos semelhantes (ou nos mesmos casos), o emprego de novas teorias do dano levou a resultados (decisões) diferentes. Ou seja, mesmo que não se possa fazer um exercício contrafactual rigoroso para estimar o que teria acontecido se uma outra teoria do dano fosse utilizada, a pesquisa original relatada neste artigo permite constatações importantes.

Entre elas, sublinhamos o fato de que teorias do dano ajustadas à arquitetura e aos incentivos que favorecem plataformas digitais (em especial as grandes, também chamadas de “big tech”) faz

significativa falta e, em termos práticos e sintéticos, que erros de análise podem ser cometidos, bem como “pontos cegos” podem ser criados. Em outras palavras, a ausência de ferramental adequado pode levar tanto a erros de ‘falsos negativos’, no quais a autoridade ignora a existência de riscos de uma conduta ou ato concentração, como também de ‘falsos positivos’, nos quais características de mercado digital que mitigariam potenciais riscos (e eventualmente resultariam pró-concorrenciais) não são levadas em consideração. Diante disso, é possível dizer que o Cade, para usar uma metáfora ótica, utiliza óculos com lentes vencidas para olhar para mercados digitais e, ao fazê-lo, enxerga de forma distorcida o que neles acontece.

Isso leva à constatação de que a literatura sobre a aplicação do direito da concorrência a plataformas digitais - e as necessárias adaptações dos parâmetros analíticos tradicionais - seja sobre a ótica dos preços, seja sobre qualidade, seja relativa ao aspecto de inovação e competição, seja quanto à discriminação de competidores, entre outros – efetivamente precisa ser incorporada pela autoridade brasileira. Este trabalho, com seus limites de escopo, procura contribuir para essa missão e, assim, ajudar a autoridade a sistematizar os contornos de novas teorias do dano. Importante dizer que tais adaptações não ocorrem de forma abrupta, pois tendem a resultar de um complexo processo de aprendizado e aprimoramento institucional.

Por fim, vale sublinhar também, como argumento adicional, que o esforço de sistematizar teorias do dano - teses robustas e firmadas em testes consistentes que explicam porque um contrato ou uma prática concorrencial pode arrefecer a concorrência e causar danos ao consumidor - alinhadas às vicissitudes das plataformas digitais podem significar, do ponto de vista da construção jurídica e institucional da política de defesa da concorrência no país, uma contribuição *ela própria* inovadora.

Isto é: teorias do dano, construídas de modo consistente e intencional, poderão ser dotadas dos atributos de flexibilidade (para ajustes em função das mudanças tecnológicas aceleradas que marcam o modelo de plataformas digitais) e adaptabilidade (para, sem a necessidade de mudanças legislativas ou a edição de atos normativos), fundamentais para ajudar a construir uma jurisprudência mais robusta e efetiva para o Cade. Ou seja, ao contrário de mudanças legislativas, que demandariam tempo e negociações de cunho político complexas, novas teorias do dano possibilitariam um grau de adaptabilidade e calibração que pode agregar análises mais consistentes em mercados digitais. Tais construções interpretativas poderiam, assim, aperfeiçoar a análise antitruste nesses casos no curto prazo, mesmo se mudanças mais substanciais e institucionais - tanto no campo antitruste, quanto no campo regulatório - sejam necessárias no médio ou longo prazos.

Retornando ao que foi mencionado início, pode-se, enfim, dizer que as teorias do dano, embora pouco discutidas na literatura, são um importante e pouco valorizado apetrecho da caixa de ferramentas do direito antitruste. Situando-se entre a aplicação da lei e o valor dos precedentes, elas são, em outras palavras, capazes de agregar uma camada adicional de sofisticação ao arcabouço do direito da concorrência e, no caso das plataformas digitais, fazer toda a diferença para proteger a competição e o consumidor. Tal característica, não poderia deixar de ser, também é válida para o caso brasileiro e, em especial, para nossa autoridade antitruste.

7. REFERÊNCIAS

AGHION, Philippe *et al.* Competition and Innovation: an Inverted-U Relationship. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 120, n. 2, p. 701–728, 2005.

ARGENTESI, Elena *et al.* Merger Policy in Digital Markets: An Ex Post Assessment. **Journal of Competition Law & Economics**, v. 17, n. 1, p. 95–140, 2021.

ARMSTRONG, Mark. Competition in Two-Sided Markets. **The RAND Journal of Economics**, v. 37, n. 3, p. 668–691, 2006.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **BRICS in the digital economy: competition policy in practice: 1st Report** by the Competition Authorities Working Group on Digital Economy. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3opFw4N>. Acesso em: 11 fev. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/30m27Fi>. Acesso em: 16 set. 2020.

CMA ADVISES government on new regulatory regime for tech giants. **Gov.UK**, 8 dez. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3tLvWkC>. Acesso em: 20 dez. 2020.

COSTA-CABRAL, Francisco; LYNSKEY, Orla. Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law. **Common Market Law Review**, v. 54, n. 1, p. 11–50, 2017.

COUTINHO, Diogo R.; KIRA, Beatriz. Vinhos novos em garrafas velhas: os desafios do antitruste na internet. **JOTA**, 7 jul. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3bmNwxO>. Acesso em: 11 fev. 2020.

COYLE, Diane. Practical competition policy implications of digital platforms. **Antitrust Law Journal**, v. 82, n. 3, p. 835–860, 2019.

CRÉMER, Jacques, MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER, Heike. **Competition policy for the digital era: Final report**. Bruxelas: European Commission Publications Office, 2019.

CUNNINGHAM, Colleen; EDERER, Florian; MA, Song. Killer Acquisitions. **Journal of Political Economy**, v. 129, n. 3, p. 649–702, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/2RfslIb>. Acesso em: 12 jun. 2020.

THE DIGITAL Markets Act: ensuring fair and open digital markets. **European Commission**, [2020?]. Disponível em: <https://bit.ly/2RSncoE>. Acesso em: 11 set. 2020.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR (EDPS). **Privacy and Competitiveness in the Age of Big Data: the interplay between data protection, competition law and consumer protection in the digital economy**. Brussels: EDPS, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/37bHNaO>. Acesso em: 11 fev. 2020

ESAYAS, Samson Y. Competition in (data) privacy: ‘Zero’-price markets, market power, and the role of competition law. **International Data Privacy Law**, v. 8, n. 3, p. 181–199, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/idpl/ipy014>. Acesso em: 11 fev. 2020.

EVANS, David; SCHMALENSEE, Richard. **Matchmakers: The new economics of multisided platforms**. Harvard: Harvard Business Review Press, 2016.

EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. Virtual Competition. **Journal of European Competition Law & Practice**, v. 7, n. 9, p. 585–586, 2016.

- FARRELL, Joseph; KLEMPERER, Paul. Chapter 31 Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects. In: ARMSTRONG, Mark; PORTER, Robert H. **Handbook of Industrial Organization**. Amsterdã: Elsevier, 2007. V. 3. p. 1967–2072. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S1573-448X\(06\)03031-7](https://doi.org/10.1016/S1573-448X(06)03031-7). Acesso em: 11 fev. 2020
- GAL, Michal S.; RUBINFELD, Daniel L. The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement, **Antitrust Law Journal**, v. 80, n. 3, p. 521–562, 2016.
- GONÇALVES, Priscila Brolio, COUTINHO, Diogo R., KIRA, Beatriz. Vírus e Telas: o direito econômico das plataformas digitais na pandemia de COVID-19. **Revista Direito e Práxis**, 2020, no prelo. Disponível em: <https://bit.ly/3hpaj06>. Acesso em: 11 fev. 2020.
- JACOBIDES, Michael G.; LIANOS, Ioannis. **Ecosystems and competition law in theory and practice**. UCL: Centre for Law, Economics and Society, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3hlruzl>. Acesso em: 12 fev. 2021.
- KANG, Cecilia; ISAAC, Mike. U.S. and States Say Facebook Illegally Crushed Competition. **The New York Times**, 9 dez. 2020. Disponível em: <https://nyti.ms/2ReLau4>. Acesso em: 20 abr. 2021.
- KEMP, Katharine. Concealed data practices and competition law: why privacy matters, **European Competition Journal**, v. 16, n. 2–3, p. 628–672, 2020.
- KIRA, Beatriz, GONÇALVES, Priscila Brolio, COUTINHO, Diogo R. Quem faz o que: coordenação institucional para regulação de mercados digitais: Âmbito administrativo, legislativo e judicial para a formulação e implementação de políticas públicas coerentes. **JOTA**, 14 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2SPnPQg>. Acesso em: 11 fev. 2020.
- KHAN, Lina. Amazon’s Antitrust Paradox. **Yale Law Journal**, v. 126, n. 3, 2017.
- KHAN, Lina. The separation of platforms and commerce. **Columbia Law Review**, v. 119, n. 4, p. 973–1098, 2019.
- KIMMELMAN, Gene. **Syncing Antitrust and Regulatory Policies to Boost Competition in the Digital Market**. Waterloo: Centre for International Governance Innovation, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3uNq9oV>. Acesso em: 11 fev. 2020.
- LANCIERI, Filippo Maria; SAKOWSKI, Patrícia Alessandra Morita. **Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados: Documento de trabalho 005/2020**. Brasília: Departamento de Estudos Econômicos – CADE, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3obQ9bc>. Acesso em: 11 set. 2020.
- LIANOS, Ioannis. Digitalisation and Competition Law: New Challenges. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 7, n. 1, p. 5–50, 2019.
- LYNSKEY, Orla. At the crossroads of data protection and competition law: **Time to take stock. International Data Privacy Law**, v. 8, n. 3, p. 179–180, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/idpl/ipy023>. Acesso em: 11 fev. 2020.
- MORTON, Fiona Scott. **Modern U.S. antitrust theory and evidence amid rising concerns of market power and its effects: an overview of recent academic literature**. Washington: Washington Center for Equitable Growth, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3uXTOfr>. Acesso em: 11 fev. 2020.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). **Quality Considerations in Digital Zero-Price Markets**. Background note by the Secretariat. [S. l.]: OECD, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3w8U9fn>. Acesso em: 11 fev. 2020.

PARKER, Geoffrey; PETROPOULOS, Georgios; VAN ALSTYNE, Marshall W. Digital Platforms and Anti-trust. **SSRN Electronic Journal**, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3ofUmKX>. Acesso em: 11 set. 2020.

PETIT, Nicolas. **Significant Impediment to Industry Innovation: A Novel Theory of Harm in EU Merger Control?** Portland: International Center of Law and Economics, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2RS13qg>. Acesso em: 11 fev. 2020.

PONCE, Paula Pedigoni. Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados e a concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 8, n. 1, p. 134–176, 2020.

SILVEIRA, Paulo Burnier da; FERNANDES, Victor Oliveira. Google Shopping in Brazil: Highlights of CADE's Decision and Takeaways for Digital Economy Issues. **Concurrences e-Bulletin**, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3435159>. Acesso em: 11 fev. 2020.

SOLIDORO, Silvia. Assessing Innovation Theories of Harm in EU Merger Control. **Robert Schurman Center for Advanced Studies**. Florença: European University Institute, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2SIYs2L>. Acesso em: 11 fev. 2020.

SOUSA, Pedro Caro de. What shall we do about self-preferencing? **Competition Policy International**, 24 jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3w3mxil>. Acesso em: 11 nov. 2020.

YALE SCHOOL OF MANAGEMENT. Digital Platforms and Antitrust. **Yale Student Digital Platform Theories of Harm**, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3ycT5sO>. Acesso em: 11 set. 2020.

ZENGER, Hans; WALKER, Mike. Theories of Harm in European Competition Law: A Progress Report. In: BOURGEOIS, Jacques and WAELBROECK, Denis (ed.) **Ten Years of Effects-Based Approach in EU Competition Law**. Brussels: Bruylant, 2012.

ANEXO

Tabela 2. Lista de processos considerados na análise

Processo	Partes	Resultado
AC 08700.010466/2012-80	Haleakala e OESP	Aprovação sem restrições
AC 08700.003373/2013-80	Google e Vevo	Aprovação sem restrições
AC 08700.009234/2014-40	Zap, RBS e Pense Imóveis	Aprovação sem restrições
AC 08700.002864/2016-56	Webmotors e Zero Hora Editora Jornalística	Aprovação sem restrições
AC 08700.001229/2016-51	Warner Bros, Dragonfly HoldCo, e DramaFever Corp	Aprovação sem restrições
AC 08700.002792/2016-47	Bradesco, Banco do Brasil, Santander, Caixa Econômica e Itaú Unibanco	Aprovação com restrições
AC 08700.005080/2016-80	Comcast e DreamWorks	Aprovação sem restrições
AC 08700.006084/2016-85	Microsoft e LinkedIn	Aprovação sem restrições
AC 08700.006955/2017-41	Perform e WME IMG	Aprovação sem restrições
PA 08700.006964/2015-71	DCE Honestino Guimarães e Uber vs Associações de taxistas	Arquivamento
AC 08700.004431/2017-16	Itaú Unibanco e XP Investimentos	Aprovação com restrições
AC 08700.007262/2017-76	Naspers, Rocket e Delivery Hero	Aprovação sem restrições
AC 08700.005537/2018-18	LDC e Amaggi	Aprovação sem restrições
AC 08700.003710/2018-43	Nielsen do Brasil e Buscapé	Aprovação sem restrições
PA 08012.010483/2011-94	Google vs Buscapé e Bondfaro	Arquivamento
PA 08700.009082/2013-03	Google vs Buscapé e Bondfaro	Arquivamento
PA 08700.005694/2013-19	Google (CADE ex officio)	Arquivamento
AC 08700.004494/2018-53	Disney e Fox	Aprovação com restrições
AC 08700.000611/2019-91	Estrela e TruckPad	Aprovação sem restrições
AC 08700.001574/2019-38	Bayer e Bravium	Aprovação sem restrições
AC 08700.001962/2019-19	Multiplan e Delivery Center	Aprovação sem restrições
AC 08700.002377/2019-36	Magazine Luiza e NS2	Aprovação sem restrições
AC 08700.002703/2019-13	Mosaico e Buscapé	Aprovação sem restrições
AC 08700.005946/2019-03	Magazine Luiza e Estante Virtual	Aprovação sem restrições

6

CONDENAÇÕES DA GOOGLE PELA APLICAÇÃO DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA

*Google condemnations by the application of
European Union competition law*

Pablo Leurquin¹

Lucas Anjos²

RESUMO

A Google tem sido investigada em diversos países por práticas anticoncorrenciais. Entretanto, não é comum que a mesma seja punida nesses processos. As recentes condenações da Google na União Europeia chamam, portanto, atenção. O objetivo deste artigo é analisar a aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia nos casos envolvendo a Google. Para tanto, foi realizada pesquisa bibliográfica, na literatura jurídica e econômica, com a finalidade de compreender seu modelo de negócio e como esses julgados se inserem no movimento de modernização do Direito da União Europeia. Além disso, foi realizada pesquisa documental na jurisprudência europeia, com intuito de elucidar os argumentos empregados pelas autoridades europeias na condenação da Google em três casos distintos, a saber, Google Shopping, Google-Android e Google Adsense. Foi possível constatar que o modelo europeu oferece contribuições originais para se pensar em uma função reguladora da inovação pela aplicação do Direito da Concorrência.

Palavras-chave: Google; Direito da União Europeia; Direito da Concorrência; Direito Econômico.

ABSTRACT

Google has been investigated in several countries for anti-competitive practices. However, it is not common for it to be condemned in these processes. Google's recent condemnations in the European Union are therefore noteworthy. The purpose of this article is to analyze the application of European Union competition law in cases involving Google. To this end, bibliographic research was carried

1 Doutor em Direito pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne e pela Universidade Federal de Minas Gerais, em cotutela. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor Adjunto da Universidade Federal de Juiz de Fora - campus Governador Valadares. Líder do Centro de Pesquisa em Direito Econômico (CPDE-UFJF/GV) e do Centro de Estudos em Pensamento Político (CEPP-UFJF/GV). E-mail: pablolleurquin@gmail.com

2 Doutorando em Direito pela Université libre de Bruxelles e pela Universidade Federal de Minas Gerais, em cotutela. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Assistente da Universidade Federal de Juiz de Fora - campus Governador Valadares. Coordenador do Grupo de Estudos em Tecnologia e Sociedade (GETS-UFJF/GV), membro do JurisLab (FabLab ULB e Centre de Droit Privé) e conselheiro científico do Instituto de Referência em Internet e Sociedade (IRIS). E-mail: lucascostaanjos@gmail.com

out in the legal and economic literature, with the aim of understanding its business model and how these judgments fit into the European Union Law modernization movement. In addition, documentary research was carried out in European jurisprudence, in order to elucidate the arguments used by European authorities in condemning Google in three different cases, namely, Google Shopping, Google-Android and Google Adsense. It was possible to verify that the European model offers original contributions to think about a regulatory function of innovation through the application of Competition Law.

Keywords: Google, European Union law; Competition law; Economic law

Sumário: 1. Introdução; 2. Contexto das condenações da Google: um olhar a partir do seu modelo de negócio; 2.1 Modelo de negócio da Google; 2.2 Modernização do Direito da Concorrência da União Europeia; 3. Condenação no caso Google Shopping; 4. Condenação no caso Google-Android; 5. Condenação no caso Google Adsense; 6. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Segundo estatísticas mais recentes, a Google ocupa o primeiro lugar na concorrência entre mecanismos de busca em termos globais (88%) (THE 100 LARGEST..., 2020) e detém mais de 90% desse mercado nos Estados-membros da União Europeia (ANTITRUST..., 2019). Além disso, 35% das buscas por produtos *online* começam no mecanismo de busca da Google³, sendo que a empresa (Alphabet Inc.) ocupa o 5º lugar mundial entre as companhias de maior valor (US\$ 919,3 bilhões) (THE 100 LARGEST..., 2020).

Em uma sociedade cada vez mais digitalizada, com crescente migração para cadeias de produção digital de valor, essas estatísticas tornam-se relevantes não apenas para empresas que visam a ofertar seus produtos e serviços *online*, como também para órgãos de regulação e monitoramento de mercado, como a Comissão Europeia. No início dos anos 2010, o órgão europeu iniciou intenso escrutínio concorrencial das atividades da Google, denunciadas como anticompetitivas por alguns de seus concorrentes em diversos setores. É importante notar que a própria pandemia provocada pelo Covid-19 acelerou algumas tendências de concentração em mercados da economia digital (ANG, 2020), o que torna essas análises de práticas anticompetitivas ainda mais relevantes e necessárias para o bom funcionamento desses mercados.

Além disso, a União Europeia também buscou opções regulatórias *ex ante* para mecanismos de busca e de intermediação de serviços online, como o da Google, por meio do Regulamento n. 1150, de 2019, e das Diretrizes da Comissão Europeia sobre a Transparência de Rankings de acordo com o Regulamento n. 1150, publicadas em Dezembro de 2020. Portanto, o mecanismo de busca da Google está no centro das discussões concorrenciais há, pelo menos, uma década, sejam elas no âmbito do Direito da Concorrência, sejam elas por meio da regulação setorial.

³ De acordo com Sterling (2016): “Entre os 35 por cento dos compradores que começaram na Google, 52% disseram que clicaram nos resultados do Google Shopping, 41% clicaram em um link da Amazon e um número semelhante clicou em um link de varejista, enquanto 27% clicaram em sites de marcas.” (tradução livre).

Nos Estados Unidos, em Outubro de 2020, o Departamento de Justiça ajuizou procedimento antitruste contra a Google por “manter monopólios ilegalmente por meio de práticas anticompetitivas e de exclusão nos mercados de busca e de publicidade em mecanismos de busca e para remediar os danos à concorrência.”⁴ Os fundamentos do processo são bastante similares àqueles dos casos europeus,⁵ o que denota não apenas a importância da experiência da União Europeia na regulação das práticas anticompetitivas no meio digital, como também revela tendência que pode ser replicada por outras autoridades da concorrência em jurisdições diversas, como a brasileira.

O processo foi apoiado por vários procuradores-gerais estaduais estadunidenses e revela uma mudança substancial em relação à última década, em que as autoridades legislativas e executivas americanas foram bastante lenientes com empresas de tecnologia, como Google e Facebook, especialmente no que diz respeito a seus comportamentos anticompetitivos.⁶ Isso pode sugerir mudanças em um futuro próximo, não apenas das políticas regulatórias, mas também das políticas da empresa em relação a novas aquisições (KANG; MCCABE; WAKABATASHI, 2020).

No Brasil, por sua vez, três investigações contra a Google estão em curso no Cade. A primeira delas é sobre a legalidade do comportamento da empresa ao encorajar os fabricantes de smartphones a pré-instalar seus aplicativos e serviços nos dispositivos que funcionam com o sistema Android (VALENTE, 2019). A segunda delas é sobre a atuação da Google no mercado de notícias, dada a suspeita que a empresa tenha copiado parte do conteúdo de sites jornalísticos no resultado das pesquisas, desestimulando o acesso aos sites concorrentes (BRASIL, 2019). A terceira delas é sobre a possibilidade da Google utilizar o seu poder de mercado para prejudicar a Yelp por prejudicar o referido site de avaliações no Brasil (BRASIL, 2016).

Além desses casos, o Cade já arquivou outros processos contra a Google. O primeiro deles foi sobre a autopromoção do Google Shopping em detrimento de outros comparadores de preço, em um argumento bastante similar ao do caso homônimo europeu. O segundo foi o suposto plágio de avaliações feitas por consumidores de outros sites. O terceiro foi derivado de denúncia da Microsoft, que acusou a Google de criar dificuldades para que empresas anunciassem ao mesmo tempo em outras páginas de resultados de busca (RODRIGUES, 2020).

4 Tradução livre de: “*Today, the Department of Justice — along with eleven state Attorneys General — filed a civil anti-trust lawsuit in the U.S. District Court for the District of Columbia to stop Google from unlawfully maintaining monopolies through anticompetitive and exclusionary practices in the search and search advertising markets and to remedy the competitive harms.*” (ESTADOS UNIDOS, 2020).

5 Entre as acusações do DOJ americano, estão: a celebração de acordos de exclusividade que proíbem a pré-instalação de qualquer serviço de busca concorrente; a celebração de acordos que forcem a pré-instalação de seus aplicativos de pesquisa em localizações privilegiadas em dispositivos móveis e os torna impossíveis de excluir, independentemente da preferência do consumidor; a celebração de contratos de longo prazo com a Apple que exigem que a Google seja o padrão - e de fato exclusivo - mecanismo de pesquisa geral no navegador Safari e outras ferramentas de pesquisa da Apple; a utilização de lucros de monopólio para comprar tratamento preferencial para seu mecanismo de pesquisa em dispositivos, navegadores da web e outros pontos de acesso de pesquisa, criando um ciclo contínuo e auto-reforçado de monopolização. (ESTADOS UNIDOS, 2020).

6 Um dos casos mais significativos de ação antitruste contra empresas de tecnologia nos Estados Unidos desde o caso contra a Microsoft, em 1997, a ação contra a Google também se inspira nesse passado. Segundo Scott Galloway, “este é um eco do caso DOJ contra a Microsoft. E o DOJ, que inicialmente teve sucesso contra a Microsoft, disse que a Microsoft estava usando o poder de agrupamento de produtos (*bundling*) e poder econômico para forçar todos os fabricantes de *hardware* de computador a agrupar o Internet Explorer”, em tradução livre (WALSH, 2020).

Essa sucinta síntese das investigações de órgãos de defesa da concorrência no Brasil, União Europeia e Estados Unidos permite compreender que a aplicação desse ramo do Direito tem sido um campo de disputa sobre a definição de qual modelo deve ser adotado. Em outras palavras, questiona-se se autoridades da concorrência devem ser mais permissivas com as condutas de empresas em posição dominante, como a Google, ou não. O objetivo deste artigo se insere nesse contexto. Pretende-se analisar os argumentos empregados pelas autoridades europeias para punir a Google por meio da aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia. Para tanto, o trabalho foi dividido em três seções.

Na primeira seção, será avaliado o contexto em que as condenações da Google na União Europeia estão inseridas, enfatizando como as preocupações com o modelo de negócio da Google são, em alguma medida, decorrentes da modernização do Direito da Concorrência da União Europeia. Nas segunda, terceira e quarta seções, serão analisadas as três condenações contra a Google, todas relacionadas de certa forma a seu mecanismo de busca. Serão apresentados, respectivamente, o caso Google Shopping, acerca de sua ferramenta vertical de comparação de preços; o caso Android, acerca da preferência e exclusividade dada aos mecanismos de busca e navegação da Google em sistemas operacionais criados pela empresa; e o caso AdSense, acerca da análise de cláusulas contratuais abusivas na intermediação de anúncios publicitários em mecanismos de busca gerenciados pela Google em sites de terceiros.

2. CONTEXTO DAS CONDENAÇÕES DA GOOGLE: UM OLHAR A PARTIR DE SEU MODELO DE NEGÓCIO

2.1 Modelo de negócio da Google

O modelo de negócio da Google foi o embrião para uma série de empreendimentos bem-sucedidos do Vale do Silício e, atualmente, inspira *startups* em diversas partes do mundo. As consultas de pesquisa da Google produzem “dados colaterais”, além das palavras-chave inicialmente digitadas na barra de pesquisa. Atualmente, o processo leva em consideração “o número e o padrão dos termos de pesquisa, como uma consulta é formulada, ortografia, pontuação, tempos de permanência, padrões de clique e localização” (ZUBOFF, 2019, p. 67).

Além disso, são empregados dados pessoais como geolocalização do dispositivo (computador, celular, tablet), histórico de pesquisas progressas, termos utilizados com frequência em outras aplicações da Google (YouTube, Gmail, Maps etc.) e o histórico de navegação *online*, especialmente se utilizado o navegador da Google, o Chrome. A princípio, essas informações adicionais, que Zuboff (2019, p. 69) chama de “excedente comportamental”, são reinvestidas na melhoria da plataforma e no aperfeiçoamento do seu mecanismo de busca. As informações sobre os padrões de pesquisa dos usuários e seu histórico de resultados de navegação são utilizadas para corrigir imperfeições e melhorar o serviço.

Além dos resultados referentes à pesquisa de palavras-chave, são exibidos anúncios publicitários pagos no topo da lista de resultados. Em vez de direcionar seus usuários para a exibição de anúncios relacionados apenas às consultas de pesquisa (palavras-chave), a Google passou a usar todas as informações coletadas de seus usuários para melhorar a qualidade desses anúncios (ZUBOFF,

2019). Com sua capacidade cada vez maior de prever as preferências dos usuários por meio de um crescente número de pessoas utilizando suas plataformas, a Google criou o *AdWords*.

A ideia por trás do Google *AdWords* (que mais tarde se tornaria simplesmente “Google Ads”) era fornecer uma correspondência perfeitamente adaptada entre os anúncios pagos (normalmente encaminhando usuários à página de seu produto ou serviço) e os perfis individuais dos usuários. O preço do anúncio variaria de acordo com sua posição na página de resultados de pesquisa e o número de cliques derivados desse anúncio em um sistema baseado em leilão, o que acontecia de maneira muito rápida e eficiente⁷.

Enquanto outros motores de busca basearam sua publicidade direcionada nas palavras-chave enviadas e no número médio de usuários acessando a plataforma, a Google concebeu uma forma de venda de espaço publicitário que também incentivou a competição por uma alocação mais favorável de seus recursos de publicidade. Em tese, a corretagem de anúncios pela Google é mais eficiente e menos custosa para anunciantes, pois baseia-se na competição entre os lances de competidores, e não na fixação unilateral de preços pela Google, além de perfilar exatamente o público que visa a atingir.

Essa estratégia aumentou significativamente o número de usuários encaminhados para os anunciantes, bem como o valor inerente dos canais de publicidade da empresa no mercado e, como consequência, sua receita. Do ponto de vista publicitário, a capacidade de atingir um público com base não apenas em suposições acerca de faixas etárias e localização (local, nacional ou internacional, conforme revelado pela geolocalização), mas também em seus dados pessoais e padrões de navegação pregressa (graças à coleção de cookies que podem informar a personalização de anúncios) permitem a forma ideal de marketing (CHRISTENSSON, 2011).

Com a tendência crescente de geração de dados de todos os tipos de fontes, inclusive aqueles gerados *offline*, a publicidade pode se tornar ainda mais individualizada no futuro⁸. As abordagens para fazer isso incluem métodos de segmentação conhecidos como “segmentação granular” e “segmentação de cauda longa”, com os quais as necessidades de cada indivíduo da curva de demanda podem ser melhor atendidas de acordo com suas necessidades personalizadas e sob medida. Basicamente, este é o sonho de todo publicitário: a capacidade de atingir precisamente as pessoas que estão a um passo de comprar o que estão tentando vender, de forma individualizada.

De acordo com Zuboff (2019, p. 150), essa foi uma estratégia de negócios crucial para o sucesso da Google, que fez uso inteligente de seu acesso exclusivo ao comportamento do usuário, não apenas para melhorar o aplicativo do mecanismo de pesquisa, mas também para criar uma fonte de receita extremamente lucrativa para a empresa. A receita de vigilância é então reinvestida não apenas em tecnologia preditiva mais inteligente, mas também em outros aplicativos sob o guarda-chuva

7 De acordo com Peter Coy (2006): “A Google maximiza a receita que obtém desse precioso ativo, dando sua melhor posição ao anunciante que provavelmente pagará mais à Google no total, com base no preço por clique multiplicado pela estimativa da Google da probabilidade de alguém realmente clicar no anúncio” (tradução livre).

8 Segundo Sandra Wachter (2019, p. 150): “Os serviços digitais e dispositivos distribuídos agora operam cada vez mais em uma base interligada, em que as informações são compartilhadas entre redes de dispositivos e provedores de serviços, fazendo uso de identificadores de usuário exclusivos para fornecer compartilhamento de dados contínuo e experiências personalizadas usando aprendizado de máquina e IA”.

da Alphabet Inc., a fim de multiplicar as fontes e oportunidades de coleta de dados exclusivos dos usuários⁹. Empresas como Facebook e Twitter aplicam lógica bastante similar, já que oferecem serviços gratuitos a usuários finais, inclusive em plataformas secundárias, como Instagram e WhatsApp, mas monetizam suas atividades a partir de dados pessoais que são recolhidos e aplicados de forma transversal.

A importância das investigações, dos argumentos empregados, das multas e dos ajustes de conduta aplicados no contexto da União Europeia para outras jurisdições só pode ser compreendida se o tema for analisado sob a luz do processo de modernização do Direito da Concorrência da União Europeia, sobretudo, no eixo das práticas unilaterais.

2.2 Modernização do Direito da Concorrência da União Europeia

A importância do domínio dos abusos de posição dominante, chamados atualmente de práticas unilaterais, é uma das principais características do Direito da Concorrência da União Europeia, principalmente se comparada à tradição estadunidense. Entretanto, esse eixo da política europeia de concorrência foi sempre muito criticado por causa de sua denotação formalista, considerada muitas vezes como uma simples aplicação do método de ilicitude per se (PRIETO; BOSCO, 2013).

Com intuito de responder às críticas ao modelo europeu, deu-se início a um processo de modernização na legislação do Direito da Concorrência da União Europeia. O referido movimento começou no domínio dos acordos anticoncorrenciais, consubstanciado no Regulamento n. 1/2003. Já no domínio das práticas unilaterais, ocorreu apenas em 2009. Importa frisar que as condenações da Google se inserem nesse segundo eixo de aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia. Por essa razão, este trabalho vai se deter ao mesmo (LEURQUIN, 2018).

A reforma de 2009 só pode ser compreendida a partir do julgamento do caso *Microsoft*, na medida em que representa a aplicação de uma análise fundada sob os efeitos no domínio do abuso de posição dominante, que é elemento central da reforma de 2009. Além disso, essa decisão pode ser interpretada como uma síntese da oposição entre a tradição estadunidense e a europeia, no que diz respeito à importância desse eixo do Direito da Concorrência nos mercados de alta tecnologia (PRIETO, 2004).

As orientações de 2009 da Comissão para aplicação do art. 82, do Tratado das Comunidades Europeias (atual art. 102, do TFUE)(UNIÃO EUROPEIA, 2016), têm por objetivo tornar mais claro e previsível o quadro geral de análise, sem perder de vista a necessidade de uma intervenção mais eficaz. De acordo com as orientações:

A intervenção da Comissão no âmbito dos comportamentos de exclusão tem sobretudo em vista a salvaguarda da concorrência no mercado interno e a garantia de que as empresas que detêm uma posição dominante não ex-

9 De acordo com Evgeny Morozov (2018, p. 151), a empresa inclusive superou seu modelo de negócios inicial, se aventurando hodiernamente em outras aplicações e diversificando suas fontes de receita: “Há um equívoco em enxergá-la [a Google] como uma empresa atuante no mercado de buscas ou no da publicidade; na verdade, seu negócio são informações preditivas, e há muitas outras maneiras de rentabilizá-las sem a necessidade de recorrer à publicidade ou aos resultados de buscas para saber de quais informações necessitamos”.

cluirão os seus rivais através de outros meios que não sejam a concorrência com base no mérito dos bens ou serviços que fornecem. Neste contexto, a Comissão reconhece que o mais importante é a protecção de um verdadeiro processo de concorrência e não a mera protecção dos concorrentes. Isso poderá significar que os concorrentes que tenham um desempenho inferior para os consumidores em termos de preço, gama da oferta, qualidade e inovação poderão desaparecer do mercado (COMISSÃO EUROPEIA, 2009).

A normatização da ilicitude de comportamentos de empresas dominantes que pretendem excluir seus concorrentes é uma das mais importantes contribuições do Direito Europeu. A sua construção decorre principalmente da definição de uma responsabilidade da empresa em posição dominante com a própria dinâmica de mercado. Essa responsabilidade especial restringe a liberdade, na definição da estratégia comercial da referida empresa, inclusive na utilização de seus direitos de propriedade intelectual.

Constata-se também o interesse em afastar a aplicação de teorias de origens alheias à tradição europeia, notadamente de matriz norte-americana. Fato que ilustra essa informação é que as Orientações de 2009 só foram publicadas após o julgamento pelos tribunais europeus da Microsoft. Em outras palavras, a Comissão Europeia aguardou os recursos apresentados ao Tribunal Europeu consolidar a modernização.

A precaução da Comissão decorre da preocupação com a confirmação do Tribunal de sua decisão. Consagrou-se também a proteção do interesse do consumidor, por meio da definição do “encerramento do mercado com prejuízo para o consumidor”:

*No presente documento a expressão «encerramento anticoncorrencial do mercado» é utilizada para designar as situações em que o comportamento da empresa em posição dominante restringe ou impede o acesso efectivo dos concorrentes actuais ou potenciais às fontes de abastecimento ou aos mercados, o que irá provavelmente permitir a esta última aumentar de forma rentável o preço cobrado aos consumidores. A identificação de um **prejuízo provável** para o consumidor pode basear-se tanto em provas qualitativas como, sempre que possível e apropriado, em provas quantitativas. A Comissão irá também abordar este tipo de encerramento anticoncorrencial do mercado que cause (provável) prejuízo tanto a nível intermédio como dos consumidores finais, ou a ambos os níveis (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, grifo nosso)*

O contexto descrito e a prevalência da proteção do interesse do consumidor ilustram o esforço de construir um conteúdo de origem europeia para as soluções jurídicas contemporâneas. A modernização de 2009 buscou, portanto, atualizar a intervenção do Direito da Concorrência às novas necessidades da Economia, mantendo a sua própria tradição jurídica, política e cultural, formadoras da União Europeia.

Compreende-se que a modernização do Direito da Concorrência da União Europeia colocou em prática a abordagem fundada nos efeitos, inclusive aqueles prováveis, ancorada nos aportes

contemporâneos da Economia Industrial¹⁰. Logo, o movimento de modernização manteve as características formais da tradição europeia, mas permitiu a avaliação das eficiências das empresas para afastar a lógica da ilicitude *per se* e aplicar a regra da razão estruturada.

A reforma de 2009 aprofundou o realismo da análise econômica, o que pode enfraquecer a previsibilidade da intervenção das autoridades de concorrência europeias. A referida constatação é ainda mais importante nos casos que tratam dos institutos clássicos de proteção da inovação, como os direitos de propriedade intelectual. Todavia, a sólida jurisprudência europeia permite perceber que muitas empresas de alta tecnologia se utilizam de seu poder de mercado, com a instrumentalização de seus próprios direitos de propriedade intelectual ou de outras estratégias comerciais, para afastar de maneira abusiva outros competidores e outras tecnologias inovadoras.

Além disso, a União Europeia parece estar assumindo uma postura legislativa mais rígida em relação ao mundo digital. O conjunto de regras do Mercado Único Digital (Digital Single Market), que inclui regulamentos, diretivas, estratégias etc., visa a regulamentar o marketing digital, o comércio eletrônico e as telecomunicações na União Europeia. Essa legislação visa a promover transparência para as empresas que utilizam serviços de intermediação online e motores de pesquisa *online* (UNIÃO EUROPEIA, 2019). De acordo com as definições do regulamento, essas disposições provavelmente se aplicariam à Pesquisa do Google como um mecanismo de pesquisa online (PageRank) e como uma intermediação de serviço online (aplicativos de pesquisa verticais, como o Google Shopping e outras ferramentas de comparação de preços).

Por meio do Regulamento 2019/1150, que se aplica aos buscadores online, por exemplo, é possível investigar se “a concorrência entre bens ou serviços oferecidos por um usuário empresarial e bens ou serviços oferecidos ou controlados por um prestador de serviços de intermediação online constitui concorrência leal e se os provedores de serviços de intermediação online fazem uso indevido de dados privilegiados a esse respeito” (UNIÃO EUROPEIA, 2019).

As Diretrizes da Comissão Europeia sobre a Transparência de Rankings de acordo com o Regulamento 2019/1150, publicadas em dezembro de 2020, parecem corroborar essa posição, especialmente no que diz respeito às suas disposições de transparência: “os requisitos do artigo 5 aplicam-se aos prestadores de serviços de intermediação online e motores de busca online. Se os fornecedores de motores de busca online estão (vertical ou horizontalmente) integrados, parte do que oferecem também podem ser serviços de intermediação online” (COMISSÃO EUROPEIA, 2020).

Ainda que a Comissão Europeia continue investigando práticas da Google, os três casos analisados neste trabalho culminam em uma regulação bastante minuciosa dessas plataformas. O regulamento parece encapsular aquilo em que os casos contra a Google convergiram ao longo da década: maior transparência para usuários, sejam eles consumidores finais, ou empresas que dependem desse serviço para ter visibilidade nos mercados em que atuam. Segundo o artigo 5º do regulamento

10 “A Economia Industrial, notadamente a partir da década de 1950, trouxe novas percepções sobre o funcionamento do mercado. Esse ramo da economia se desenvolveu a partir do questionamento acerca das críticas aos modelos abstratos ortodoxos, revelando suas imprecisões analíticas. Essas disfunções analíticas prejudicavam a coerência e eficácia na interface entre Estado e mercado, sobretudo, na intervenção da política concorrencial. Todavia, esse ramo da economia não pode ser tratado como um bloco teórico completamente coeso, visto que pelo menos dois grupos de autores são identificáveis. O primeiro é a Nova Economia Industrial, que informa o movimento Pós-Chicago. Já o segundo é composto pelos denominados neoschumpeterianos ou evolucionários, notadamente, aqueles vinculados à Economia da Inovação” (LEURQUIN, 2018, p. 278).

Os provedores de mecanismos de busca online devem estabelecer os parâmetros principais, que individualmente ou coletivamente são mais significativos para determinar a classificação e a importância relativa desses parâmetros principais, fornecendo uma descrição fácil e publicamente disponível, redigida em linguagem simples e inteligível, nos mecanismos de busca desses provedores. Essa descrição deve ser mantida atualizada (UNIÃO EUROPEIA, 2019).

Ao tratar da importância do modelo europeu, Tim Wu afirma que a Europa tem liderado o “escrutínio” das grandes empresas de tecnologia. Sendo assim, apesar de não ser um modelo perfeito, sua “disposição para abrir casos importantes quando a concorrência está claramente ameaçada devem servir de modelo para os responsáveis pela aplicação da lei americana e para o resto do mundo”¹¹. A partir dessas constatações, passa-se à análise das condenações europeias da Google.

3. CONDENAÇÃO NO CASO GOOGLE SHOPPING

A Comissão Europeia multou a Google em 2,42 bilhões de Euros, em 2017, por ter abusado de sua posição dominante no mercado de motores de busca *online*, visto que conferiu vantagem ilegal a seu próprio serviço de comparação de preços (PRATIQUES, 2017). Constatou-se que a articulação entre os efeitos de rede e a existência de um mercado de dois lados conferiu peculiaridades ao caso em análise. A avaliação proposta pela Comissão partiu dessas características para punir a autopreferência abusiva em mercado conexo.

O modelo de negócios da Google se baseia na interação entre produtos online, serviços que a empresa oferece gratuitamente e serviços de marketing digital, que geram sua principal fonte de renda. O serviço de pesquisa é utilizado para procurar informações na internet, a partir dos computadores pessoais, *laptops*, *smartphones* e *tablets*. Três resultados podem ser gerados a partir da pesquisa na ferramenta de busca do Google: (i) os resultados “genéricos”, também denominados de “orgânicos” ou “naturais”; (ii) os resultados patrocinados (*advertising results*); e (iii) os resultados especializados (*specialised search results*) (PRATIQUES, 2017).

É importante notar que essa aparente organicidade das páginas de resultados dos mecanismos de busca da Google é, na verdade, uma suposição errônea pelo público, apesar de largamente difundida entre seus usuários, fruto de uma estratégia altamente eficaz de caracterização de seu modelo de negócio pela própria empresa. Os resultados decorrem de uma combinação entre a matemática referente à relevância algorítmica de certos conteúdos e as decisões editoriais da própria empresa, que, por exemplo, escolhe não mostrar resultados pornográficos, que estimulem violência, que violem conteúdo autoral etc. Ou seja, até mesmo fatores subjetivos influenciam o ranking de resultados no mecanismo de busca.

Os resultados genéricos costumam aparecer no meio da página de resultados da Google,

¹¹ Tradução livre de: “*European antitrust is far from perfect, but its leadership and willingness to bring big cases when competition is clearly under threat should serve as a model for American enforcers and for the rest of the world.*” (WU, 2018, p. 131).

no formato de links em azul, sutilmente divididos dos resultados patrocinados por uma linha fina. A ordem da apresentação decorre de um processo automático de descoberta de novas e atualizadas páginas, que são indexadas e catalogadas de acordo com seu conteúdo. Em seguida, checa-se a combinação entre a pesquisa realizada pelo usuário e o index da empresa.

A definição da ordem de exposição dos resultados é derivada do algoritmo denominado “PageRank”. Em síntese, ele mede a importância de uma determinada página, baseando-se no número e na qualidade de links do sítio, uma vez que a hipótese subjacente é a de que sites mais importantes recebem mais links de outros. A Google utiliza-se de outros mecanismos de ajuste do resultado do “PageRank” com o intuito de melhorar a precisão da pesquisa genérica, porém a empresa não cobra dos sites nenhum pagamento para serem melhor classificados (COMISSÃO EUROPEIA, 2017).

Os resultados patrocinados (*advertising results*) são anúncios que tipicamente aparecem primeiro nas pesquisas gerais dos usuários da Google, com um rótulo informando aos usuários a sua natureza publicitária. Eles são vinculados à plataforma de publicidade, baseada em leilão da Google (*AdWords*), que abrange variados tipos de produtos, informações ou serviços (COMISSÃO EUROPEIA, 2017).

A definição dos resultados decorrentes dessa ferramenta é estabelecida a partir de dois elementos principais. O primeiro é a identificação do conjunto relevante de pesquisas patrocinadas a partir da combinação entre as palavras-chaves dos anunciantes e dos usuários. O segundo é a fixação da ordem, a qual depende do valor máximo de preço que o anunciante indicou que pagaria por clique e o índice da qualidade desse anúncio. O índice de qualidade é baseado em alguns critérios, como a taxa de previsão de cliques da pesquisa patrocinada (COMISSÃO EUROPEIA, 2017)

Os resultados especializados decorrem da pesquisa genérica, após a definição de uma categoria particular, uma vez que elementos gráficos e informações dinâmicas costumam chamar atenção dessas especializações, cujos exemplos são o “*Google Shopping*”, “*Google Finance*”, “*Google Flights*” e “*Google Video*” (COMISSÃO EUROPEIA, 2017). Alguns serviços da pesquisa especializada são baseados no pagamento para a inclusão dos sites nos seus resultados, como é o caso do *Google Shopping*:

O modelo de negócios da Google mudou significativamente. A empresa agora apresenta uma ampla variedade de conteúdo proprietário desenvolvido internamente e adquirido em outros lugares, incluindo Google Finance, Google Maps, Google Notícias, Google Travel, Google Flight Search, Google Places, Google Plus, Google Product Search, YouTube e Zagat. Esses serviços executam funções especializadas não intercambiáveis com a função principal de pesquisa da Google e, portanto, existem em mercados de produtos separados (HAZAN, 2013, p. 804).

O *Google Shopping* é, portanto, um serviço de comparação de preços, cuja primeira versão foi a denominada *Froogle*, lançada nos EUA, em 2002. A Google mudou o nome dessa plataforma até o ano de 2012, momento no qual a nomenclatura passou a ser a atual, mas houve também uma alteração no modelo do negócio. A partir dessa data, os anunciantes deveriam pagar para viabilizar a sua inclusão nos resultados. Além disso, os resultados dessa busca especializada começaram a aparecer em posicionamento e exibição privilegiados nos resultados genéricos, antes mesmo dos anúncios

pagos. Essa conduta de autopreferência foi considerada abusiva pela Comissão Europeia.

Também denominada “busca vertical”, a incidência de resultados refinados, provenientes de plataformas de pesquisa subjacentes ao mecanismo de busca original, mais especializadas, como é o caso do Google Shopping, impunha preferência no ranqueamento de resultados da própria Google. Dessa forma, a empresa conseguiria (e consegue) dominar mercados em que há serviços mais populares, talvez até mesmo mais eficientes e relevantes para o usuário, em que o mercado de busca e de comparação de preços ou serviços é especializado. Apesar de ter posição dominante no mercado de mecanismos de pesquisa, a Google não o tem (com a mesma intensidade, ao menos) em nichos de pesquisa especializada, onde precisa concorrer com plataformas de notícias, vídeos, comparação de preços de passagens aéreas, hotéis etc.

A Comissão Europeia ancorou a sua análise nas decisões que puniram empresas que buscam estender a sua posição dominante ao mercado conexo, distorcendo a concorrência. A decisão Google Shopping se filia ao percurso jurisprudencial que remonta ao caso *Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion* (1985), ao caso *Tetra Park* (1996), ao caso *Irish Sugar* (1998) e ao caso *Microsoft* (2007).

A definição desse percurso definiu o quadro de análise adotado pela Comissão Europeia, composto por três condições: (i) a constatação da posição dominante; (ii) a existência de dois mercados e sua conexão; e (iii) a verificação da restrição da concorrência. A primeira etapa foi a mais simples de se constatar, pois a Comissão identificou que a Google tem desfrutado posição dominante nos mercados de pesquisa genérica em todos os mercados dos países europeus desde 2008. A única exceção foi a República Checa, cuja posição dominante foi adquirida somente em 2011.

Outro fator relevante para reforçar a posição dominante do Google são as barreiras à entrada muito elevadas, devido aos efeitos de rede. Em outros termos, o fato de haver cada vez mais usuários utilizando o motor de busca da Google torna-o ainda mais atrativo aos anunciantes, bem como possibilita um aperfeiçoamento cada vez maior de suas sugestões publicitárias¹². Além disso, é difícil atingir a mesma escala computacional de “varredura de informações” (*web crawling*, que consiste na análise e indexação de informações de toda a internet) que a Google possui atualmente. Os lucros decorrentes desse processo, por sua vez, são utilizados para atrair ainda mais consumidores por meio do desenvolvimento de aplicações conexas da Google, ofertadas em geral gratuitamente. Ademais, os dados colhidos dos consumidores também são utilizados para refinar ainda mais os resultados de pesquisa (STATEMENT..., 2017).

A constatação da existência de dois mercados e de sua conexão exigiu maior esforço na argumentação da Comissão Europeia, essencialmente no que diz respeito à distinção entre o mercado de comparação de preços e o de pesquisa genérica. A compreensão da sua decisão deve partir do conceito de mercado de dois lados. De acordo com Jean Tirole, é um:

[...] modelo do “mercado de dois lados”, isto é um mercado no qual um in-

12 O fato de que a plataforma de busca é utilizada em larga escala faz com que a empresa tenha a habilidade de aperfeiçoar seus sistemas de perfilamento de preferências dos usuários, e, por consequência, fazer anúncios mais eficientes (que se convertem em mais cliques). O feedback de cada anúncio, seja ele clicado ou não, gera métricas minuciosas, a partir de uma ampla base de dados de análise, que, por sua vez, podem ser transformadas em aperfeiçoamento das estratégias futuras de campanha publicitária (O’NEIL, 2016, p. 75).

termediário (e seu proprietário, Visa, Sony, Google, Facebook, agência imobiliária) permite aos vendedores e compradores interagir. Essas “plataformas” reúnem múltiplas comunidades de utilizadores que procuram interagir umas com as outras: por exemplo, os jogadores e desenvolvedores de jogos no caso da indústria de jogos de videogame; os utilizadores dos sistemas operacionais (Windows, Android, Linux, OS X do seu Mac ou iOS de seu iPhone) e os desenvolvedores de aplicativos no domínio dos sistemas operacionais; os utilizadores e anunciantes nos casos de motores de busca ou das mídias; os detentores de cartões bancários e seus comerciantes nos casos de transação por cartão (TIROLE, 2016, p. 499)¹³.

O mercado de dois lados é um arranjo que vincula duas pontas, no qual um lado apenas se valoriza com o crescimento e a expansão do outro. Esse modelo está no centro da dinâmica da economia digital, mas a sua origem remonta a formatos mais antigos, como os cartões de crédito e os anúncios nas mídias. Uma de suas características mais importantes para a aplicação do Direito da Concorrência é que um dos lados do mercado costuma ter preços muito baixos e, por vezes, nulos.

No caso em espécie, existe uma falsa percepção de que os usuários da Google não pagam pelas pesquisas realizadas em seus motores de busca. Segundo Vestager:

Consumidores utilizam ferramentas de pesquisa que produzem resultados incrivelmente precisos. Redes sociais permitem às pessoas manter contato com amigos, onde quer que estejam no mundo. E eles não pagam um centavo por esses serviços. Em vez disso, eles pagam com seus dados. Isso não precisa ser um problema, desde que as pessoas estejam felizes que seus dados que compartilham tenham um preço justo, para pagar os serviços que eles obtêm em troca. Dados pessoais tornaram-se uma mercadoria valiosa (VESTAGER, 2016)¹⁴.

A utilização de dados pessoais representa um valor mercadológico. Cumpre frisar que algumas empresas pagam para manter os dados dos utilizadores, como o aplicativo *Screenwise Trends Panel* e a empresa *Handshake*. Petit (2016, p. 6) analisa caso fictício, similar às questões concorrenciais decorrentes das estratégias da Google, e entende que se trata de “mercado de compra em natureza dos resultados da pesquisa genérica dos internautas”.

13 Tradução livre do original: “[...] modèle du «marché biface», c’est-à-dire un marché où un intermédiaire (et son propriétaire, Visa, Sony, Google, Facebook, l’agence immobilière) permet à des vendeurs et des acheteurs d’interagir. Ces «plates-formes» rassemblent de multiples communautés d’utilisateurs qui cherchent à interagir les unes avec les autres: par exemple, les joueurs et les développeurs de jeux dans le cas de l’industrie du jeu vidéo; les utilisateurs de systèmes d’exploitation (Windows, Android, Linux, l’OS X de votre Mac ou iOS de votre iPhone) et les développeurs d’applications dans le domaine des systèmes d’exploitation; les utilisateurs et les annonceurs dans le cas des moteurs de recherche ou des médias; les détenteurs de carte bancaire et les commerçants dans le cas de transactions par carte de paiement” (TIROLE, 2016, p. 499).

14 Tradução livre do original: “Consumers use search engines that produce incredibly accurate results. Social networks let people keep in touch with friends, wherever they are in the world. And they don’t pay a single penny for those services. Instead, they pay with their data. That doesn’t have to be a problem, as long as people are happy that the data they share is a fair price to pay for the services they get in return. Personal data has become a valuable commodity” (VESTAGER, 2016).

A conexão entre os dois mercados se estabelece a partir do próprio conceito de mercado de dois lados, visto que o mercado publicitário só se justifica se há mais utilizadores do lado gratuito. Deve-se salientar que há autonomia do mercado de comparadores de preços em relação à pesquisa genérica. Essa constatação decorre também pelo fato de o modelo de negócio, os algoritmos e seus mecanismos de ajustes serem distintos.

A última etapa do quadro de análise é a constatação das restrições à concorrência. A Comissão entendeu que os mercados nacionais de serviços de comparação de preços sofreram efeitos anticoncorrenciais e decorrem da possibilidade de exclusão dos serviços de comparação de compras concorrentes, o que pode elevar os custos para os comerciantes, aumentar o preço para os consumidores e reduzir a inovação. De acordo com a Comissão Europeia:

[...] é provável que a conduta reduza os incentivos dos serviços de comparação de preços concorrentes para inovar. Serviços de comparação de preços terão incentivo para investir no desenvolvimento de serviços inovadores, melhorando a relevância de seus serviços existentes e criando novos tipos de serviços, apenas se eles puderem razoavelmente esperar que seus serviços sejam capazes de atrair volume suficiente de tráfego de usuário para competir com o serviço de comparação de preços do Google. Além disso, mesmo que os serviços de comparação de preços concorrentes possam tentar compensar até certo ponto a diminuição do tráfego, dependendo mais em fontes pagas de tráfego, isso também reduzirá a receita disponível para investir no desenvolvimento de serviços inovadores¹⁵.

A Comissão também entendeu que a conduta provavelmente reduz a habilidade do consumidor de acessar a maioria dos serviços de comparação de compras relevantes. Essa análise decorreu da consideração do fato de que os usuários tendem a considerar os resultados da pesquisa genérica como os mais relevantes para as suas necessidades, mesmo se os outros resultados forem mais adequados (UNIÃO EUROPEIA, 2007).

O conceito de relevância não é uniforme, bem como está sujeito a uma miríade de subjetividades. Inclusive, é justamente a capacidade de entender o que é “relevante” para cada usuário o modelo de negócio da ferramenta de buscas da Google. Resultados universais, que não fossem personalizados, ou que não oferecessem uma curadoria especial, seriam considerados semelhantes aos de uma lista telefônica digital, ou de URLs (HAZAN, 2013, p. 813). No entanto, quando se analisa a interação do serviço principal de buscas, com as buscas verticais, entende-se que o conceito de relevância comparativa entre as aplicações especializadas nem chega a ser apresentado como opção para o usuário, o que reforça a importância auto-sugestiva da plataforma em relação a suas próprias

15 Tradução livre do original: “[...] the Conduct is likely to reduce the incentives of competing comparison shopping services to innovate. Competing comparison shopping services will have an incentive to invest in developing innovative services, improving the relevance of their existing services and creating new types of services, only if they can reasonably expect that their services will be able to attract a sufficient volume of user traffic to compete with Google’s comparison shopping service. Moreover, even if competing comparison shopping services may try to compensate to some extent the decrease in traffic by relying more on paid sources of traffic, this will also reduce the revenue available to invest in developing innovative services” (UNIÃO EUROPEIA 2007).

aplicações.

Além disso, a Google não informa a seus usuários que o produto é posicionado, na pesquisa genérica, a partir de mecanismos diferentes para estabelecer a ordem de exibição (UNIÃO EUROPEIA, 2007). Dessa forma, a Comissão Europeia concluiu que essa conduta não era compatível com a competição pelos méritos, visto que ela conduziu o tráfego da pesquisa genérica em direção às plataformas de comparação de preços. Além disso, esse procedimento privilegiou o tráfego no Google Shopping, causando danos aos demais concorrentes nesse outro mercado.

As análises da Comissão também permitiram deduzir que, entre 2011 e 2016, houve aumento do tráfego no Google Shopping; redução nos de seus concorrentes; e manutenção nas plataformas dos comerciantes. Cumpre destacar que essa data é convergente com a extensão do algoritmo Panda, a partir dos anos 2011, que contribuiu à redução significativa da visibilidade de competidores de comparação de preço na pesquisa genérica da Google (UNIÃO EUROPEIA, 2007).

A Comissão ainda compreendeu que a autopromoção de serviço de comparação de preço da Google garante proteção de parte dos retornos gerados por sua própria pesquisa genérica (UNIÃO EUROPEIA, 2007). Esse aporte financeiro reforça a posição dominante do serviço de pesquisa genérica da Google, o que dificulta artificialmente a concorrência.

A Comissária Margrethe Vestager afirmou que a conduta da Google foi ilegal, conforme as normas do Direito da Concorrência da União Europeia, pois a empresa negou a chance de as demais competirem pelos seus próprios méritos e de inovar. Além disso, ela impediu que consumidores europeus usufruíssem dos benefícios da concorrência, impedindo-os de escolher os serviços e as inovações. De acordo com a responsável pela concorrência na Comissão Europeia:

O que isso significa na prática? Imagine, você quer procurar um produto online. Você digita esse produto na ferramenta de pesquisa da Google. O que você vai ver no topo da página é uma caixa com o resultado do Google Shopping, com uma foto e uma seleção de compras de diferentes vendedores. Eles estão localizados acima dos resultados genéricos que o algoritmo genérico da Google considera mais relevante. Isso acontece sempre que a Google quiser apresentar resultados de comparação de preços em resposta a uma consulta de pesquisa. Algumas vezes, os resultados de comparação de preços de rivais são rejeitados em seus resultados de pesquisa. As evidências mostram que mesmo o rival melhor classificado aparece, em média, apenas na quarta página de resultados do Google. Outros aparecem ainda mais para baixo (STATEMENT, 2017)¹⁶.

16 Tradução livre do original: “So, what does this mean in practice? Imagine, you want to look for a product online. You type the product into the Google search engine. What you will see right at the top of the page is a box with Google Shopping’s results, with pictures and a selection of deals from different retailers. They are placed above the results that Google’s generic search algorithms consider most relevant. This happens whenever Google wants to present comparison shopping results in response to a search query. Sometimes, results are also displayed in a reserved place on the right-hand side. At the same time, Google has demoted rival comparison shopping services in its search results. The evidence shows that even the most highly ranked rival appears on average only on page four of Google’s search results. Others appear even further down” (STATEMENT, 2017).

Os serviços do Google Shopping se inserem em uma dinâmica econômica caracterizada por curtos ciclos de inovação. Grandes parcelas de mercado podem se tornar efêmeras e podem não indicar, obrigatoriamente, uma posição dominante. A Comissão não excluiu a possibilidade de aplicar o Direito da Concorrência nesse tipo de caso, em especial o art. 102, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) (UNIÃO EUROPEIA, 2016). Essa compreensão é reforçada ao perceber que o rápido crescimento de mercado não demonstra sinais de instabilidade durante o período em análise, conforme o caso em questão, que revelou hierarquia bastante estável.

Deste modo, constata-se que a decisão da Google Shopping se soma à da *Microsoft* no sentido de estabelecer com mais precisão a possibilidade de as normas de Direito da Concorrência serem aplicadas para a proteção da inovação. Essa proteção decorre de um exercício de avaliação sobre quem tem maior interesse em inovar, em um determinado mercado relevante: a empresa que abusa da sua posição dominante ou suas concorrentes.

4. CONDENAÇÃO NO CASO GOOGLE-ANDROID

A Comissão Europeia aplicou uma multa de 4,34 bilhões de Euros à Google, em julho de 2018, por ter abusado da posição dominante no motor de busca relacionado a sistemas operacionais Android. De acordo com Margrethe Vestager, as práticas da Google privaram seus concorrentes da possibilidade de inovar e de competir pelos seus próprios méritos (STATEMENT..., 2018). O caso trata de práticas anticoncorrenciais concebidas no momento da passagem do computador fixo à internet móvel, o que alterou substancialmente a dinâmica do setor. A Comissão concluiu que a Google tem uma posição dominante nos mercados de serviços de pesquisa genérica na internet, no mercado de sistemas operacionais nos smartphones sob licença e no das lojas de aplicação em linha para o sistema.

Sobre o primeiro mercado, a decisão da Comissão no caso Google Shopping já avaliou suficientemente a posição dominante da empresa, como visto anteriormente. No que diz respeito ao segundo mercado, tem-se que frisar que os fabricantes de smartphone podem fazer funcionar o sistema Android, sob licença, em seus aparelhos. É importante ressaltar que esse mercado é caracterizado por altas barreiras à entrada, sobretudo por causa dos efeitos de rede, visto que a quantidade de consumidores do sistema de exploração aumenta a quantidade de desenvolvedores de aplicativos para esse sistema, permitindo integrar mais utilizadores. A Comissão estimou uma parte de mercado de mais de 95%, excetuando a China. No que diz respeito ao terceiro mercado, a Comissão indicou que mais de 90% dos aplicativos baixados nos aparelhos Android são via Play Store. Esse mercado é igualmente caracterizado pelas altas barreiras à entrada, igualmente por causa dos efeitos de rede.

A Comissão puniu a Google por três tipos de restrição: venda casada dos aplicativos de pesquisa e de navegação da Google; pagamentos ilegais subordinados à pré-instalação exclusiva de Google Search; e obstrução do desenvolvimento e da distribuição de sistemas operacional Android concorrentes.

A licença da Google engloba o Google Play Store, o aplicativo Google Search e o navegador Google Chrome. O Play Store é um aplicativo indispensável, pois os utilizadores esperam tê-lo pré-

-instalado, não podendo baixá-lo legalmente. A Comissão concluiu que ficou caracterizada a venda casada do aplicativo Google Search e do navegador Google Chrome. O objetivo de pré-instalar esses dois aplicativos foi o de conduzir, de maneira artificial, a utilização desses aplicativos de pesquisa e de navegação. Além disso, a empresa estipulou as licenças dos produtos Google, excluindo a possibilidade de haver outros aplicativos pré-instalados e reduzindo a possibilidade que outros concorrentes possam entrar no mercado em questão.

De acordo com a Comissão, a Google pagou a alguns dos maiores fabricantes de aparelhos Android, assim como a operadores de redes móveis, para ter exclusividade na pré-instalação do Google Search. Essa prática trouxe prejuízo à concorrência, pois reduziu os estímulos a pré-instalar aplicativos de pesquisa concorrentes.

A Comissão constatou ainda que a Google impedia que fabricantes de aparelhos utilizassem a “forks Android”, uma outra versão não aprovada pela empresa em espécie. De acordo com a Comissão:

Como consequência, o comportamento da Google teve incidência direta sob os utilizadores, na medida em que ele os impediu de acessar a novas inovações e a smartphone baseados em outras versões do sistema operacional Android. Em outros termos, por causa dessa prática, é a Google – e não os utilizadores, os desenvolvedores de aplicativos e o mercado – que determinava efetivamente os sistemas operacionais suscetíveis de serem coroados com sucesso (COMISSÃO EUROPEIA, 2018).

É possível concluir que a estratégia da Google impediu que outros motores de pesquisa concorrentes pudessem entrar no mercado, dificultando o desenvolvimento técnico, notadamente no que diz respeito ao “forks Android”. Além disso, esses abusos obstaram que outros motores de pesquisa coletassem dados provenientes dos smartphones, o que consolidou artificialmente a posição dominante da Google. Dessa forma, a Comissão reforçou a centralidade da interoperabilidade ao incorporar a proteção da inovação na sua abordagem.

5. CONDENAÇÃO NO CASO GOOGLE ADSENSE

A Comissão da União Europeia multou a Google em 1,49 bilhões de Euros, em março de 2019, por suas práticas abusivas no uso da posição dominante na intermediação de publicidade em mecanismos de busca. A empresa foi considerada culpada por impor obrigações de fornecimento exclusivo, estipulando onde os resultados de pesquisa mais lucrativos deveriam ser exibidos e reservando esses espaços para seus próprios anúncios. De acordo com a Comissão Europeia:

Essas cláusulas restritivas levam a um círculo vicioso. Os rivais da Google não conseguiram crescer e competir. Como resultado, os proprietários de sites tinham opções limitadas para vender espaço publicitário nesses sites e eram forçados a confiar exclusivamente na Google. E, como resultado disso, a Google se beneficiou dos efeitos de rede e se tornou ainda mais forte. Não havia motivo para a Google incluir essas cláusulas restritivas em seus

*contratos, exceto para manter seus rivais fora do mercado. É por isso que concluímos que, entre 2006 e 2016, o comportamento da Google foi ilegal de acordo com as regras antitruste da UE. Impediu que seus rivais tivessem a chance de inovar e competir com base nos méritos. Anunciantes e proprietários de sites tinham menos escolha e provavelmente enfrentavam preços mais altos, que seriam repassados aos consumidores (STATEMENT..., 2019)*¹⁷.

Em termos gerais, a Comissão Europeia entendeu que “a Google criou um modelo de negócios que obtém lucros apenas quando os consumidores selecionam anúncios pagos em vez de resultados orgânicos”. Esse modelo de negócio, embora ainda produza muito bem-estar para o consumidor, é capaz de prejudicar os interesses dos usuários e fornecedores, principalmente no caso de manipulação dos resultados da pesquisa. Como as autoridades de concorrência europeias e americanas descobriram, classificações manipuladas podem causar discriminação de preços e aumento artificial dos custos de publicidade, uma limitação do acesso dos usuários a informações sobre determinados provedores e, conseqüentemente, uma redução na variedade de mercado.

Ainda que a busca da Google possa ser tão eficiente como uma ferramenta online para comparação e acesso a uma lista relevante de provedores, a criação de suas estratégias de monetização tornou seu modelo de negócios potencialmente prejudicial aos consumidores. O algoritmo da Google está no centro deste problema, porque uma explicação para seu processo de tomada de decisão (ou a falta de explicação) pode determinar a necessidade de regulação adicional. “Embora o serviço que a Google oferece facilite inerentemente a atividade econômica, ele tem a capacidade e o incentivo de obstruir essa atividade e prejudicar os consumidores em relação a um mecanismo de pesquisa que obteve lucros de forma diferente”.

Sabe-se que a Google tem uma posição dominante no negócio de pesquisas online (mercado primário), embora esse possa não ser o caso de seu negócio de pesquisa vertical (mercado secundário conexo). Ao exercer esse poder em seu mercado primário, “a Google se tornou um gargalo para o fluxo de informações na internet e [...] explorou esse poder para direcionar desproporcionalmente os usuários para o próprio conteúdo da Google.” O mesmo raciocínio do modelo de negócios pode ser encontrado na exportação dessa estratégia para seu sistema operacional (Android) e suas ferramentas de intermediação publicitária (AdSense).

É importante destacar que essa condenação só foi possível pela compreensão, cada vez mais apurada, do modelo de negócios da Google. A interpretação das atividades econômicas da empresa abriu margem para os concorrentes afetados reivindicarem indenizações em ações civis perante os tribunais dos Estados membros da União Europeia.

Neste caso, por exemplo, as investigações decorreram de relatos de que a empresa estava

¹⁷ Tradução livre de: “*These restrictive clauses lead to a vicious circle. Google’s rivals were unable to grow and compete. As a result, owners of websites had limited options for selling advertising space on these websites and were forced to rely solely on Google. And, as a result of that, Google benefited from network effects and became even stronger. There was no reason for Google to include these restrictive clauses in its contracts, except to keep its rivals out of the market. This is why we’ve concluded that, between 2006 and 2016, Google’s behaviour was illegal under EU antitrust rules. It prevented its rivals from having the chance to innovate and compete on the merits. Advertisers and website owners had less choice and likely faced higher prices, that would be passed on to consumers.*” (STATEMENT..., 2019).

abusando de sua posição dominante ao restringir as opções de anúncios em busca de sites de terceiros à Google, sufocando a concorrência. Os contratos de intermediação de publicidade em pesquisas estavam disponíveis para análise das autoridades de concorrência e foi possível constatar que algumas de suas cláusulas eram abusivas. Além disso, todas essas investigações revelaram o modus operandi da Google em relação ao seu algoritmo de busca, tendo em vista que os contratos de intermediação de publicidade em busca estavam disponíveis para que as autoridades de concorrência examinassem e considerassem as suas cláusulas.

Foi possível confirmar que o mercado de intermediação de publicidade de busca é composto por uma ferramenta de busca no site de varejistas, operadoras de telecomunicações e jornais, entre outros. Ao inserir uma consulta, os usuários são expostos não apenas a resultados não pagos, mas também a anúncios de busca intermediados pela Google ou por seus concorrentes, que recebem uma comissão por clique.

De forma semelhante ao mercado de mecanismos de busca, a Google detinha 80% do mercado europeu de intermediação de publicidade em buscas na época. Para os proprietários de sites terceirizados aos quais a Google forneceu esses serviços, havia preocupações com relação às cláusulas de exclusividade contratual, colocação premium de um número mínimo de anúncios de pesquisa da Google e o direito de autorizar (ou não) anúncios concorrentes. Essas práticas teriam durado mais de dez anos.

A Google tem um negócio bem estabelecido e bem-sucedido, que é seu mecanismo de busca. Nesse mercado relevante, em várias jurisdições, a Google tem uma posição dominante. No entanto, a pesquisa *online* é uma ferramenta ampla que engloba também mecanismos de pesquisa vertical, ou seja, ferramentas de classificação e pesquisa especializadas, como pesquisa de imagens, voos, mapas, vídeos etc. abre portas para outros aplicativos de pesquisa vertical, que geralmente recebem um tratamento preferencial ao serem classificados em uma página de resultados. Mesmo que a Google Flights não seja a melhor e mais eficiente ferramenta de comparação de preços para passagens aéreas neste mercado em particular, onde empresas como a Kayak e a Submarino podem ser os mais eficientes, por exemplo, é aquele que a Google escolhe exibir em uma consulta de voos em seu mecanismo de pesquisa, no qual é definitivamente um líder.

A Comissão Europeia entendeu que esses comportamentos podem prejudicar a inovação e reduzir a escolha de empresas que contratam publicidade online, devido ao fato de que os concorrentes dificilmente teriam escolha para competir, inclusive com novos modelos de negócios, e os preços seriam principalmente definidos pela Google. O domínio do mercado não constitui inerentemente um problema de concorrência ao abrigo da legislação da União Europeia. No entanto, um abuso dessa posição, por meio de tais práticas, por exemplo, maximiza o tráfego de seus próprios anúncios em mecanismos de busca e limita a capacidade de concorrentes, como Yahoo e Microsoft, de colocar anúncios em mecanismos de busca de sites de terceiros.

6. CONCLUSÃO

O Direito da Concorrência não pode ser tratado como a solução para todos os problemas jurídicos e econômicos que caracterizam a sociedade de informação contemporânea. Entretanto,

esse ramo do Direito, sobretudo como vem sendo aplicado na União Europeia, pode ser considerado essencial na consolidação de estruturas econômicas mais conducentes à inovação.

Conforme elucidado, a avaliação dos potenciais danos à inovação causados por esses monopólios da sociedade de informação tem estado no topo da agenda da Comissão Europeia, especialmente a partir da histórica condenação contra a Microsoft. Portanto, a análise das condenações permite concluir que elas corroboram a aplicação dos argumentos empregados na modernização do eixo das práticas unilaterais.

O fato de a União Europeia ter adotado o Regulamento n. 1150 em 2019 reforça a regulação setorial *ex ante* das práticas de plataformas semelhantes à Google. A busca por maior transparência nesses mercados que envolvem a utilização de algoritmos proprietários está presente em toda a norma e incorpora diversas soluções propostas nos três casos aqui analisados. Além disso, o regulamento estabelece critérios que evidenciam os principais parâmetros para ranqueamento e demerção de resultados em suas plataformas, buscando-se, portanto, ambientes digitais de maior simetria de informações e concorrência.

Este trabalho também permite entender que a aplicação do Direito da Concorrência serve para os seus propósitos clássicos, ou seja, mitigar condutas anticoncorrenciais e quebrar monopólios. Isto é, esse ramo do Direito também tem, a partir do controle do poder privado, desdobramentos em outras dimensões essenciais em um regime democrático. As preocupações decorrentes do tratamento de dados são um exemplo de outras camadas de importância da aplicação do Direito da Concorrência.

Essas outras funções regulatórias têm se perdido nas últimas décadas, principalmente, no que diz respeito à indústria de tecnologia. O relaxamento na aplicação do Direito da Concorrência, por exemplo, ocorreu sobretudo por causa da redução efetiva dos preços aos consumidores, ou mesmo pelo oferecimento de serviços “de graça”. Em outras palavras, as abordagens simplificadas de bem-estar do consumidor permitiram que as normas jurídicas reforçassem as falácias do inevitabilismo tecnológico. O modelo europeu vem na contramão dessa tendência, revelando uma série de potencialidades do Direito da Concorrência e revigorando a importância das autoridades de defesa pela concorrência na Europa, mas também em outros países.

7. REFERÊNCIAS

THE 100 LARGEST companies in the world by market capitalization in 2020. **Statista**, maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/32A1hV2>. Acesso em: 6 jan. 2021.

ANG, Carmen. The Economic Impact of COVID-19, According to Business Leaders. **Markets Insider**, 29 dez. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3aqPBIL>. Acesso em: 6 jan. 2021.

ANTITRUST: Commission fines Google €1.49 billion for abusive practices in online advertising. **Comissão Europeia**, 20 mar. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3ashtvZ>. Acesso em: 06 jan. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Inquérito Administrativo nº 08700.003211/2016-94**. Interessados: YELP, INC., Google Inc., Google Inc., Google Brasil Ltda., José Del Chiaro Ferriera da Rosa. 20 abr. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2RQRkkf>. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Inquérito Administrativo nº 08700.003498/2019-03**. Interessados: Google Inc., Google Brasil Ltda. 08 jun. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3x8Ymkv>. Acesso em: 21 jan. 2021.

CHRISTENSSON, Per. Cookie Definition. **TechTerms**, 9 jul. 2011. Disponível em: <https://bit.ly/32y4a8U>. Acesso em: 21 jan. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. **Antitrust Cartel Cases**: 39740 Google Search (Shopping). 27 jun. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3dBy2HK>. Acesso em: 23 dez. 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão** – Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante. 24 fev. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/32tL1Fe>. Acesso em: 20 jan. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. **Guidelines on Ranking Transparency Pursuant to Regulation (EU) 2019/1150**. 4 dez. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3sCuMAL>. Acesso em: 20 jan. 2021.

COY, Peter. The Secret To Google's Success. **Bloomberg Businessweek**, 6 mar. 2006. Disponível em: <https://bloom.bg/3gqPPDx>. Acesso em: 5 jan. 2021.

ESTADOS UNIDOS. Departmente of Justice (DOJ). **Justice Department Sues Monopolist Google For Violating Antitrust Laws**: Department Files Complaint Against Google to Restore Competition in Search and Search Advertising Markets. Washington, DC: Office of Public Affairs of the Department of Justice, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2QLWMei>. Acesso em: 7 jan. 2021.

HAZAN, Joshua G. Stop Being Evil: A Proposal For Unbiased Google Search. **Michigan Law Review**, v. 111, n. 5, mar. 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3v1P2wX>. Acesso em: 4 jan. 2021.

KANG, Cecilia; MCCABE, David; WAKABAYASHI, Daisuke, U.S. Accuses Google of Illegally Protecting Monopoly. **The New York Times**, 20 out. 2020. Disponível em: <https://nyti.ms/3xIwTw6>. Acesso em: 20 jan. 2021.

LEURQUIN, Pablo Georges Cícero Fraga. **Proteção da inovação pelo Direito Brasileiro da Concorrência e diálogo com o Direito da União Europeia**. 2018. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3elGNoy>. Acesso em: 22 jan. 2021.

MOROZOV, Evgeny. **Big Tech**: a ascensão dos dados e a morte da política. São Paulo: Ubu Editora, 2018.

O'NEIL, Cathy. **Weapons of Math Destruction**: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy. New York: Crown Publishers, 2016.

PETIT, Nicolas. Droit de l'UE (Partie I). In: **L'application du droit de la concurrence au secteur numérique**. Nanterre: Concurrences, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3dzT7mc>. Acesso em: 20 dez. 2020.

PRATIQUES anticoncurrentielles: la Commission inflige à Google une amende de 2,42 milliards d'euros pour abus de position dominante sur le marché des moteurs de recherche en favorisant son propre service de comparaison de prix. **Comissão Europeia**, 27 jun. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3nfJSLf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

PRIETO, Catherine. Notion d'abus: Comparaisons transatlantiques dans les affaires Microsoft. **Concurrences Review**, n. 1, 2004. Disponível em: <https://bit.ly/2QGx27s>. Acesso em: 20 dez. 2020.

PRIETO, Catherine; BOSCO, David. **Droit européen de la concurrence**: ententes et abus de position dominante. Bruxelles: Bruylant, 2013.

RODRIGUES, Lorena. Investigado pelos EUA, Google é alvo de três processos no Cade. **Estado de São Paulo**, 22 out. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2QGXCIE>. Acesso em: 07 jan. 2020.

STATEMENT by Commissioner Vestager on Commission Decision to Fine Google € 1.49 Billion for Abusive Practices in Online Advertising. Press release, 20 mar. 2019b. Disponível em: <https://bit.ly/3arFTKX>. Acesso em: 12 jan. 2021.

STATEMENT by Commissioner Vestager on Commission decision to fine Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service. **Comissão Europeia**, 29 jun. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3suzAYs>. Acesso em: 10 jan. 2021.

STATEMENT by Commissioner Vestager on Commission decision to fine Google €4.34 billion for illegal practices regarding Android mobile devices to strengthen dominance of Google's search engine. **Comissão Europeia**, 18 jul. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/2QKAAu8>. Acesso em: 10 jan. 2021.

STERLING, Greg. Survey: Amazon beats Google as starting point for product search. **Search Engine Land**, 28 jun. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3tzkeTO>. Acesso em: 6 jan. 2021.

TIROLE, Jean. **Économie du bien commun**. Paris: PUF, 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on Promoting Fairness and Transparency for Business Users of Online Intermediation Services**. Luxemburgo: União Europeia, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2QGZF9k>. Acesso em: 20 jan. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado de Funcionamento da União Europeia**. Luxemburgo: União Europeia, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/32w8R3d>. Acesso em: 12 jan. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias. **Processo n. T- 201/04**. Microsoft Corp. v Commission of the European Communities. Luxemburgo: União Europeia, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/2QEfCgD>. Acesso em: 20 set. 2020.

VALENTE, Jonas. Cade investiga prática anticompetitiva do Google. **Agência Brasil**, 12 jun. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/32wKRx2>. Acesso em: 21 jan. 2021.

VESTAGER, Margrethe. Making data work for us. **European Commission**, 9 set. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3svy3kN>. Acesso em: 21 jan. 2021

WACHTER, Sandra. Data Protection in the Age of Big Data. **Nature Electronics**, v. 2, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1038/s41928-018-0193-y>. Acesso em: 22 dez. 2020.

WALSH, James D. A Small Target in a Big Case: Scott Galloway on the antitrust case against Google. **Intelligencer**, 2 nov. 2020. Disponível em: <https://nym.ag/32wOlzC>. Acesso em: 7 jan. 2021.

WU, Tim. **The curse of bigness**: antitrust in the new gilded age. New York: Columbia Global Reports, 2018.

ZUBOFF, Shoshana. **The Age of Surveillance Capitalism**. New York: Profile Books Ltd., 2019. BRASIL.

7

CONCORRÊNCIA BANCÁRIA E O OPEN BANKING NO BRASIL

Bank Competition and Open Banking in Brazil

Olavo Severo Guimarães¹

RESUMO

Este artigo analisa os possíveis efeitos do *Open Banking* no mercado bancário brasileiro. Para isso, inicialmente o movimento de sistemas financeiros abertos é explanado. Ato contínuo, examinam-se características do mercado sensíveis à abertura de dados, utilizando-se como base informações dos mercados bancários inglês e brasileiro. Em especial, assimetrias de informação, seleção adversa e custos de transferência são contemplados. Conclui-se que as imperfeições apontadas podem ser atenuadas pelo sistema financeiro aberto, que deve conferir mais dinamismo ao setor, pulverizando informações estratégicas entre os *players*, difundindo a cultura da portabilidade e auxiliando os consumidores a diferenciar produtos e perceber suas próprias necessidades. Ademais, o movimento também deve diminuir barreiras à entrada em alguns mercados bancários, incentivando a entrada de novos *players* e gerando pressão competitiva.

Palavras-chave: *Open Banking*; Sistema Financeiro aberto; concorrência bancária; mercado bancário; *Big Data*.

ABSTRACT

This paper analyzes the possible effects of open Banking on the Brazilian banking market. For this purpose, the open banking movement is first explained. Then, some features of the market which make it sensible to open data are explored using the English and the Brazilian banking markets. Especially, information asymmetry, adverse selection, and switch costs are examined. We conclude that the referred imperfections can be attenuated by the open financial system, which must assure more dynamism to the sector, by spreading strategic information among the players and the culture of data portability and by helping consumers to better differentiate products and realize its necessities. Moreover, the movement must also reduce the entry barriers in some banking markets, stimulating the entrance of new players and driving competitive pressure.

Sumário: 1. Introdução; 2. *Open Banking*; 2.1 O que é *Open Banking*?; 2.2 *Open Banking* no Brasil; 3. Aspectos relevantes do mercado bancário; 3.1 Assimetrias de informação e seleção adversa; 3.2 *Bureaux de crédito*; 3.3 *Fintechs* e *big techs*; 3.4 Considerações sobre a demanda; 3.4.1 *Credence goods*; 3.4.2 Custos

¹ Mestrando em Economia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS, onde também obtive o título de bacharel em Direito. Advogado. Participou do PinCade 2020 (Programa de Intercâmbio do Cade). E-mail: olavo_sg@yahoo.com

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, os elevados e crescentes graus de concentração e verticalização no mercado bancário têm preocupado a autoridade antitruste brasileira em suas análises². Ainda que concorrência e concentração possam coexistir, há evidências de que um aumento na concentração bancária aumenta os spreads dos empréstimos (diferença entre as taxas de empréstimo e de depósito) e diminui o volume de crédito na economia³. Nesse sentido, Joaquim, Van Doornik e Ornelas (2019) estimam que se o spread bancário brasileiro caísse para níveis mundiais em todos os mercados, haveria um aumento de 4,83% no Produto Interno Bruto - PIB.

Há também significativa literatura econômica apontando a existência de falhas no mercado bancário que geram barreiras à entrada e desenvolvimento de novos *players*, bem como prejudicam a tomada de decisões dos consumidores. Neste contexto, o sistema financeiro aberto (*Open Banking*) é uma resposta da nova economia de dados a alguns destes problemas estruturais do mercado bancário, como assimetrias de informação, custos de transferência e seleção adversa.

Este artigo descreve tais imperfeições, visando relacioná-las com as possíveis soluções que o *Open Banking* oferece, de modo a elucidar possíveis impactos do sistema financeiro aberto na concorrência bancária. Para tal, foram usados não apenas dados do mercado bancário brasileiro, mas também do britânico. A escolha se justifica pois (i) o Banco Central usou o modelo britânico como principal inspiração para desenvolver o *Open Banking* no Brasil, o que se deve aos fatos de que (ii) o Reino Unido está na vanguarda do movimento, sendo a riqueza das investigações da CMA (*Competition and Markets Authority*) sobre o mercado bancário, utilizadas neste artigo, uma das razões para tal; (iii) o mercado bancário britânico guarda semelhanças com o brasileiro no tocante à elevada concentração⁴ e à baixa portabilidade de consumidores; e (iv) há características do mercado bancário teoricamente observáveis em quase todos os países, como a dificuldade que novos bancos têm de precificar clientes advindos de outras instituições.

O presente texto se divide em três seções. A primeira tratará de explicar o que é o *Open Banking* e como ele vem sendo desenvolvido no Brasil: o histórico do movimento no país, o contexto mercadológico e os principais contornos legais. Esclarecido isto, a segunda seção abordará aspectos relevantes do mercado bancário, nomeadamente, imperfeições apontadas pela literatura econômica ou observadas nos mercados brasileiro e britânico que podem vir a ser amenizadas com o sistema financeiro aberto e outras possíveis implicações deste movimento, como a entrada de *players* do

2 Vide, por exemplo:

- a) Nota Técnica Nº 35/2018 no âmbito do Requerimento nº 08700.005251/2018-32;
- b) Nota Técnica Nº 10/2016 no âmbito do Procedimento Preparatório nº 08700.000018/2015-11;
- c) Voto Relator do Conselheiro João Paulo de Resende no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.010790/2015-41 (BRASIL, 2014);
- d) Voto Relator do Conselheiro Paulo Burnier no âmbito do Ato De Concentração nº 08700.002792/2016-47 (BRASIL, 2016).

3 Ver Jorgensen e Apostolou (2013) e Joaquim, Van Doornik e Ornelas (2019).

4 Segundo dados do grupo RFI, os cinco principais bancos ingleses detêm 77% de market share do mercado de crédito daquele país (BRITAINS..., 2021); no Brasil, dados de 2019 apontam um percentual semelhante de 83,7% (BACEN, 2020).

mercado digital no setor. Por fim, apresentar-se-ão as conclusões do estudo.

2. OPEN BANKING

2.1 O que é Open Banking?

Segundo a definição adotada pelo portal do Banco Central – Bacen:

O Open Banking, ou Sistema Financeiro Aberto, é o compartilhamento padronizado de dados, produtos e serviços por meio de abertura e integração de sistemas, com o uso de interface dedicada para essa finalidade, por instituições financeiras, instituições de pagamento e demais instituições autorizadas a funcionar pelo BC, de forma segura, ágil e conveniente (PERGUNTAS..., 2020).

Os objetivos desta iniciativa são (a) incentivar a inovação, (b) promover a concorrência, (c) aumentar a eficiência do Sistema Financeiro Nacional e do Sistema de Pagamentos Brasileiro e (d) promover a cidadania financeira (BACEN, 2020b). Com o *Open Banking*, possibilita-se a utilização de dados bancários por terceiras partes para a elaboração de produtos e serviços, geralmente prestados e oferecidos por meio digital. A tabela a seguir exhibe alguns exemplos de inovações possíveis:

Elaboração do autor adaptado de PWC (2018)

	Descrição	Exemplos de Uso
Agregamento de dados	Fornecem uma visão das finanças do usuário em diferentes instituições em um só app	Administração unificada e automatizada de diversas contas e operações; análise de padrões de gastos
Melhoria de processos	Integração e automação de atividades administrativas	Verificação automática de dados bancários para analisar melhor e mais rapidamente o risco de crédito de uma operação
Marketplaces	Agregam ofertas de produtos financeiros e bancários de diversas instituições	Uso de marketplace no momento de uma compra a fim de se obter melhores condições de financiamento para ela
Ofertas personalizadas	Uso de dados bancários e transacionais para direcionar ofertas personalizadas de produtos financeiros e não-financeiros	Oferta de pacote de férias com condições personalizadas de financiamento baseada em dados bancários e transacionais

Cabe notar que o desenvolvimento de um ecossistema de *Open Banking* é uma tendência

global, mas incipiente, de modo que há ainda pouca documentação disponível sobre o tema. Assim, é difícil prever os desdobramentos do movimento e é provável que o desenvolvimento e adoção destas novas aplicações ocorram de modo gradual. Um indício do que se pode esperar vem do Reino Unido, cujo programa de Open Banking já completa três anos. Este país já conta com três milhões de usuários finais se beneficiando das novas regras, um número expressivo, mas ainda com bastante potencial de crescimento (REINO UNIDO, 2021).

Entre os negócios habilitados no programa britânico, destacam-se, para consumidores comuns, as ferramentas de gestão de finanças pessoais e os agregadores de contas bancárias, totalizando 33% e 19% das ofertas na loja de aplicativos (REINO UNIDO, 2021). Outras aplicações disponíveis são plataformas de comparação de produtos e serviços de melhoria do perfil de crédito (para se obter empréstimos a juros menores). Cite-se ainda, no Reino Unido, a aparição de aplicativos de investimento e de transferência bancária automática para aplicações financeiras com melhores rendimentos.

A experiência britânica indica que pequenos e médios negócios são grandes beneficiários do Open Banking. Uma pesquisa com 500 gestores de pequenas e médias empresas apontou que 50% deles usavam serviços propiciados pelo programa (REINO UNIDO, 2021). As soluções mais oferecidas são de gestão financeira (incluindo serviços de análise e previsão do fluxo de caixa), meios de pagamento para e-commerce, serviços de contabilidade em nuvem e serviços de tomada de crédito alternativa (REINO UNIDO, 2021).

Como já se pode ver, trata-se de uma mudança de paradigma que abre diversas oportunidades e que deve alterar a relação do consumidor com os bancos significativamente. A operação de contas bancárias se tornará mais fácil e a comparação das ofertas do mercado se tornará mais simples, empoderando o consumidor. Não só isto, a possibilidade de acesso a dados antes exclusivos aos bancos dará a novos players maiores chances de avaliar os riscos das operações e de criar ofertas personalizadas. Ademais, processos administrativos e contábeis devem ser facilitados com a grande interoperabilidade de diversas plataformas financeiras.

No Brasil, bem como na maioria dos países democráticos, o compartilhamento de informações bancárias dependerá do consentimento dos correntistas. Obtida tal aceitação, os dados de um software são compartilhados para a criação de outros softwares através de interfaces de programação de aplicações (APIs)⁵. A estrutura de cobrança pelo uso destas interfaces e o seu grau de padronização técnica, bem como a amplitude dos dados compartilhados e os meios de obtenção de consentimento dos correntistas são questões que os órgãos regulatórios do mundo terão de decidir se serão normatizadas e de que maneira.

Na ausência de literatura consolidada de melhoras práticas, os países têm experimentado estratégias diferentes para desenvolver seus sistemas financeiros abertos. O próprio protagonismo governamental não é uma regra: em alguns países asiáticos, como na China e em Singapura, instituições privadas estão organicamente impulsionando a implantação do modelo de dados abertos (THOMAS, 2020). No próximo item, serão tratadas as escolhas do regulador brasileiro.

5 Segundo Manual de APIs do Open Banking do Bacen, API é um conjunto de definições sobre como um sistema pode acessar dados ou funcionalidades providos por um outro sistema.

2.2 Open Banking no Brasil

No Brasil, o Banco do Brasil (BB) foi pioneiro ao lançar, ainda em 2017, uma plataforma para desenvolvedores de softwares com interfaces de programação de aplicações (APIs) para uso de alguns dados bancários de seus correntistas. Noticiou-se que haveria uma seleção de “propostas com maior afinidade com a etapa de desenvolvimento das APIs do BB” (BB, 2017), da qual se originaram cinco aplicações parceiras, hoje constantes no portal *Open Banking* da instituição⁶.

Atualmente, a plataforma “*BB for developers*” se encontra disponível para novos desenvolvedores, com APIs de consulta de saldo e extrato de contas correntes e poupanças, faturas de cartão de crédito, fundos de investimento, entre outras. Contudo, de acordo com o *Open Banking Monitor*, elaborado pela consultoria *Innopay* (2019), a plataforma de dados abertos do banco brasileiro é limitada se comparada internacionalmente. Ademais, aparentemente, o exemplo do BB não foi suficiente para disseminar o *Open Banking* em nosso país.

Sem abertura de dados por parte dos principais bancos brasileiros, algumas aplicações adotaram o mecanismo de “*screen scraping*”, através do qual o usuário tem de fornecer suas informações de *login* ao programa para que o software entre na conta, como se usuário fosse, e extraia os dados. Tal método tem sido questionado por seus reveses de velocidade e, principalmente, de segurança.

O caso do aplicativo GuiaBolso ilustra esta situação. O programa se conecta aos dados bancários dos usuários com a proposta de ajudá-los na gestão de suas despesas, funcionando também como um *marketplace* de crédito cujo diferencial é a classificação de risco possibilitada pelos dados fornecidos. Contudo, o Bradesco entendeu que o funcionamento do aplicativo punha em risco a segurança e o sigilo bancário inerentes à atividade daquela instituição financeira, o que a motivou a ingressar na Justiça em desfavor do GuiaBolso⁷.

Por sua vez, o banco Bradesco foi investigado no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) por supostas práticas anticompetitivas de *sham litigation* e imposição de barreiras ao desenvolvimento de outros negócios⁸. Isto porque, além de ingressar na Justiça contra o aplicativo, a instituição bancária implementou, no acesso a suas contas, a título de medida de segurança da informação, uma requisição de senha aleatória adicional (*token*) que gerou fortes dificuldades técnicas para o funcionamento do GuiaBolso com correntistas do Bradesco. Ao final, restou homologado Termo de Compromisso de Cessação (TCC) em que o banco se comprometeu a interromper práticas investigadas e a pagar aproximadamente R\$ 23,8 milhões em contribuição pecuniária (BRADESCO..., 2020).

Neste cenário, em que o setor privado brasileiro não conseguiu, por si só, coordenar seus *stakeholders* para viabilizar um sistema financeiro aberto no Brasil, o desenvolvimento de tal sistema entrou na agenda regulatória do Bacen. Assim, o órgão vem estabelecendo as diretrizes básicas do regime e mediando instrumentos de autorregulação por meios dos quais padrões de tecnologia, governança, segurança e desenho de interface serão definidos. O órgão divulgou que a implementação

6 BxBlue, Dotz, ContaAzul, Ciclic e Bom Pra Crédito.

7 Ação 1027396-67.2016.8.26.0100, 11ª Vara Cível da Comarca de São Paulo.

8 Processo Administrativo nº 08700.004201/2018-38

do sistema financeiro aberto no Brasil deve ocorrer em quatro fases, a seguir descritas:

1ª Fase – 01/02/21
<p>O <i>Open Banking</i> começa com as instituições participantes disponibilizando ao público informações padronizadas sobre os seus canais de atendimento e as características de produtos e serviços bancários tradicionais que oferecem. Nessa fase, não será compartilhado nenhum dado de cliente.</p> <p>Com isso, podem surgir soluções que comparam diferentes ofertas de produtos e serviços financeiros, auxiliando as pessoas a escolherem a opção mais adequada ao seu perfil e necessidades. Entre as possíveis soluções que podem surgir estão os comparadores de tarifas bancárias, de tipos de contas e de cartões de crédito.</p>
2ª Fase – 15/07/21
<p>A partir dessa fase, os clientes, se quiserem, poderão solicitar o compartilhamento entre instituições participantes de seus dados cadastrais, de informações sobre transações em suas contas, cartão de crédito e produtos de crédito contratados.</p> <p>Como principal benefício, será possível aos clientes receber ofertas de produtos e serviços mais adequados ao seu perfil, a custos mais acessíveis e de forma mais ágil e segura. Também poderão surgir soluções mais personalizadas de gestão e de aconselhamento sobre finanças pessoais, por exemplo. O ecossistema financeiro como um todo também ganha com mais inovação, maior competitividade e com a racionalização de processos.</p>
3ª Fase – 30/08/21
<p>Nessa fase, surge a possibilidade de compartilhamento dos serviços de iniciação de transações de pagamento e de encaminhamento de proposta de operação de crédito.</p> <p>Isso abre caminho para o surgimento de novas soluções e ambientes para a realização de pagamentos e para a recepção de propostas de operações de crédito, possibilitando o acesso a serviços financeiros de forma mais fácil, célere e por meio de canais mais convenientes para o cliente, preservando a segurança do processo.</p>
4ª Fase – 15/12/21
<p>Dados sobre outros serviços financeiros passam a fazer parte do escopo do <i>Open Banking</i>. Os clientes poderão compartilhar suas informações de operações de câmbio, investimentos, seguros, previdência complementar aberta e contas-salário, bem como acessar informações sobre as características dos produtos e serviços com essa natureza disponíveis para contratação no mercado.</p> <p>Assim, amplia-se ainda mais a possibilidade de surgimento de novas soluções para a oferta e a contratação de produtos e serviços financeiros, mais integrados, personalizados e acessíveis, sempre com o consumidor no centro das decisões.</p>

Fonte: *Open Banking* (2021).

A Resolução Conjunta nº 1 (BRASIL, 2020) fornece as bases do programa, com algumas determinações a serem especificadas por outras normativas. Neste sentido, o diploma conceitua os pos-

síveis papéis das instituições participantes (como transmissoras ou receptoras de dados, por exemplo). É também estabelecido o escopo básico de dados a serem compartilhados, o qual é detalhado pela Circular nº 4.015/2020 e pelo Manual de Escopo de Dados e Serviços do *Open Banking* (Instrução Normativa Nº 35/2020 do Bacen). Tal escopo é de cumprimento obrigatório pelas instituições enquadradas nos Segmentos 1 (S1) e 2 (S2)⁹. De maneira simplificada, pode-se dizer que deverão abrir APIs envolvendo estes dados todos os bancos múltiplos, comerciais, de investimento ou de câmbio, caixas econômicas e instituições em geral que exerçam atividade internacional relevante ou tenham porte igual ou superior a 1% do PIB.

Data	Diploma	Conteúdo
4/05/2020	Resolução Conjunta nº 1 do Bacen e do CMN	Estrutura o <i>Open Banking</i> de maneira geral: objeto, objetivos, escopo, princípios, participação, consentimento, responsabilidade, entre outros.
4/05/2020	Circular nº 4.015	Dispõe sobre o escopo de dados e serviços.
23/06/2020	Circular nº 4.032	Dispõe sobre a estrutura inicial de governança do processo de implementação do sistema.
29/10/2020	Resolução nº 32 do Bacen	Estabelece os requisitos técnicos e procedimentos operacionais para a implementação do sistema.
29/10/2020	Instrução Normativa nº 34 do Bacen	Divulga a versão 1.0 do Manual de APIs do <i>Open Banking</i> , de observância obrigatória por parte das instituições participantes.
29/10/2020	Instrução Normativa nº 35 do Bacen	Divulga a versão 1.0 do Manual de Escopo de Dados e Serviços
29/10/2020	Instrução Normativa nº 36 do Bacen	Divulga a versão 1.0 do Manual de Serviços Prestados pela Estrutura Responsável pela Governança do <i>Open Banking</i>
29/10/2020	Instrução Normativa nº 37 do Bacen	Divulga a versão 1.0 do Manual de Segurança do <i>Open Banking</i>

Estabelecidos os dados a serem compartilhados e as instituições de participação obrigatória, outras preocupações do Bacen referem-se a questões de segurança e privacidade de dados e ao funcionamento dos APIs.

9 Conforme Resolução nº 4.553/2017, o S1 é composto pelos bancos múltiplos, bancos comerciais, bancos de investimento, bancos de câmbio e caixas econômicas que (a) tenham porte igual ou superior a 10% (dez por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) ou (b) exerçam atividade internacional relevante, independentemente do porte da instituição. Por sua vez, o S2 é composto (a) pelos bancos múltiplos, bancos comerciais, bancos de investimento, bancos de câmbio e caixas econômicas, de porte inferior a 10% (dez por cento) e igual ou superior a 1% (um por cento) do PIB e (b) pelas demais instituições de porte igual ou superior a 1% (um por cento) do PIB.

A respeito do compartilhamento de dados do usuário, é oportuno registrar que o consentimento se dará de maneira livre, informada, prévia e inequívoca, nos termos do art. 5º, XII da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) (BRASIL, 2018) e do art. 2º, VIII da Resolução Conjunta nº 1/2020 do Bacen e do Conselho Monetário Nacional – CMN (BRASIL, 2020). Ademais, a autorização terá duração máxima de doze meses, sendo facultado ao cliente o cancelamento a qualquer momento. Em relação ao conteúdo da LGPD, a referida resolução acrescenta ao dispor que o consentimento deve ocorrer exclusivamente por meio eletrônico e vedar, para tal fim, o uso de contratos de adesão ou formulários com opção de aceite previamente preenchida. Além disso, conforme art. 35 da aludida resolução e artigos 42 e seguintes da LGPD, toda instituição participante do programa é responsável pela segurança e sigilo dos dados (BRASIL, 2018).

A confiança do consumidor no sigilo de seus dados é fundamental para que o programa prospere e atinja os seus fins. Neste contexto, exigir-se-á postura proativa das autoridades competentes, e as instituições participantes deverão ter enorme cuidado com vazamentos de dados, os quais podem ensejar às empresas, além dos danos reputacionais, multa administrativa de até 50 milhões de reais e indenizações na Justiça.

Neste ambiente de alta cautela, a cooperação institucional entre a Agência Nacional de Proteção de Dados – ANPD, o Bacen e o Cade será de enorme relevo, pois há uma interface desafiadora entre segurança da informação e defesa da concorrência. Isto porque, conforme demonstra o já citado caso do Guiabolso, barreiras ao desenvolvimento de concorrentes podem ser impostas a título de segurança. Não é por menos que é vedado às instituições participantes a requisição de autorizações e validações adicionais do cliente, ou instruções de acesso complexas, de modo a dificultar o compartilhamento de dados¹⁰.

De grande ajuda à questão foi a decisão das autoridades monetárias brasileiras de padronizar o funcionamento das APIs, o que deve evitar este tipo de discriminação. Neste sentido, foram lançados os Manuais de APIs e de Segurança do *Open Banking*¹¹, de observação obrigatória às instituições participantes.

Para que tal padronização não ocorresse de maneira *top-down*, sem a participação do mercado, a Circular nº 4.032/2020 do Bacen estabeleceu uma estrutura de governança para a implementação do *Open Banking*, com Conselho Deliberativo integrado por representantes de associações de diferentes setores do mercado bancário. Incumbe a tal Conselho aprovar propostas relativas a padrões tecnológicos, procedimentos operacionais e outros aspectos a serem considerados pelo Bacen, sempre com apreço aos princípios de tratamento não discriminatório, interoperabilidade e reciprocidade dispostos no art. 4º da Resolução Conjunta nº 1/2020 (BRASIL, 2020).

2.3 Contextualizando: Pix, PISP e a Agenda BC#

Para entendermos melhor o cenário mercadológico em que ocorre o *Open Banking*, é oportuno enquadrá-lo no contexto ainda maior da Agenda BC#, que abriga uma série de medidas desti-

10 Art. 28 da Resolução Conjunta nº 1/2020 do Bacen e do CMN (BRASIL, 2020).

11 Instruções Normativas de nº 34/2020 e 37/2020 do Bacen.

nadas a modernizar, digitalizar e fomentar a inovação no sistema financeiro nacional (CAMPOS NETO, 2020). Dentre estas medidas, destaque-se o Pix, modalidade de pagamento instantâneo e gratuito para pessoas físicas, inaugurada em novembro de 2020. Outra novidade que merece atenção é a nova modalidade de instituição de pagamento denominada iniciador de transação de pagamento (*Payment Initiation Service Provider* - PISP).

Em relação ao PISP, trata-se, segundo Resolução nº 24/2020 do Bacen, do provedor que “inicia uma transação de pagamento ordenada pelo usuário final, relativamente à conta de depósito ou de pagamento, comandada por instituição não detentora da conta à instituição que a detém”. Em termos práticos, o serviço possibilitará que sejam transferidos valores da conta de um banco sem precisar acessar o seu respectivo aplicativo ou qualquer terminal: a transferência poderá ser feita por meio de qualquer empresa habilitada como PISP junto ao Bacen.

Tal habilitação exigirá relativamente poucos requisitos, o que possibilitará que diversos aplicativos de uso corrente virem também PISPs. O mais evidente é o Whatsapp, já autorizado para tal (BC AUTORIZA..., 2021), por meio do qual será possível fazer transferências bancárias a outros contatos dentro da interface do aplicativo. Igualmente, se o iFood se credenciar na modalidade, o usuário poderá cadastrar no aplicativo uma conta corrente, ao invés de cartão de crédito, e assim pagar os restaurantes por transferências bancárias. Como se pode ver, os serviços dos PISPs irão facilitar ainda mais as transações e são altamente complementares ao ecossistema *Open Banking*, motivo pela qual o lançamento da modalidade foi inserido no programa.

O Pix, por sua vez, já conseguiu em poucos meses revolucionar as transferências bancárias e as transações em geral, com estrondosos impactos no modelo de negócio dos principais bancos e das empresas de “maquininhas” (as quais são, em grande parte, controladas pelos principais bancos¹²). Dados de janeiro de 2021 do Bacen apontaram que o número de transferências pelo novo método já superavam as transferências por DOC e TED somadas. Ademais, na data, já havia um total de 65.496.767 milhões de usuários cadastrados no Pix, sendo 61,5 milhões pessoas físicas, o que mostra adoção rápida e massiva por parte do consumidor, que deve ser seguido cada vez mais pelo varejo.

Aliás, falando-se em varejo, este deve também, em breve, tornar-se caixa bancário. Isto porque, com o Pix-Saque, a ser inaugurado em 2021, será possível ao cidadão ir a lojas de redes de varejo, transferir ao estabelecimento via Pix e obter o dinheiro em espécie, tal qual em um caixa eletrônico ou ATM. Trata-se de mais uma opção a facilitar a vida dos consumidores, com promissores impactos de inclusão financeira na vida de pessoas desbancarizadas (que poderão ter dinheiro em carteiras digitais como o Mercado Pago e PicPay).

O Pix-Saque pode inclusive impactar mercados adjacentes ao bancário, mas por ele controlado. A diminuição do uso de ATMs pode afetar a rede Banco 24 Horas, também controlada pelos principais bancos do país (Itaú, Bradesco, Caixa, Banco do Brasil e Santander). Ademais, a redução do uso de dinheiro físico e a possibilidade de os estabelecimentos diminuírem seu caixa fornecendo saques a pessoas físicas pode baixar a demanda no mercado de transporte de valores.

Sem a finalidade de exaurir as tantas inovações que se vive, destaca-se ainda, a serem anun-

¹² Para uma análise detalhada, ver o Caderno sobre Mercado de Instrumentos de Pagamento elaborado pelo Cade (2019), p. 82-90.

ciados em 2021 pelo Bacen, o Pix Débito Automático, que possibilitará pagamentos recorrentes, e o Pix Garantido, que facultará o parcelamento de transações. O pagamento parcelado é uma das razões pelas quais ainda se utiliza cartões de crédito, de modo que, com o avanço do Pix, tal modalidade e seu mercado devem ser afetados.

O *Open Banking* ocorre, assim, de maneira concomitante a outras inovações no setor, como o advento do Pix, e de maneira sucessiva a outros movimentos já inaugurados, como a emergência das fintechs e dos bancos digitais, bem como o avanço das big techs em direção a serviços financeiros. Com todo este cenário, é bastante provável que nos próximos anos experienciemos vigorosa competição para fidelizar um cliente bancário que será cada vez menos inerte. O próximo capítulo abordará algumas características econômicas do mercado bancário que tornam promissoras as novas medidas do Bacen.

3. ASPECTOS RELEVANTES DO MERCADO BANCÁRIO

3.1 Considerações sobre a oferta

3.1.1 Assimetrias de informação e seleção adversa

Saber é poder - ao menos para as instituições bancárias. Esta foi, em outras palavras, uma das conclusões da autoridade antitruste britânica na investigação sobre o mercado de bancos varejistas que lançou as sementes para a regulação de *Open Banking* no Reino Unido.

Para a agência, o acesso aos dados de amplas bases de consumidores confere aos bancos uma significativa vantagem potencial, podendo configurar até uma barreira à entrada e expansão de novos *players*. Conforme expôs o relatório final da referida investigação (CMA, 2016, p. 386-387), tais obstáculos podem ocorrer por mais de um motivo.

Em primeiro lugar, as instituições já estabelecidas no mercado, detentoras de dados, podem ter condições muito melhores para desenvolver, direcionar e vender os produtos e serviços para seus consumidores. Em outras palavras, o relacionamento prévio com uma ampla base de clientes, além de um forte insumo para detecção de demandas e desenvolvimento de futuros produtos, também possibilita uma maior diferenciação dos usuários, o que é útil para estratégias de venda cruzada, retenção e aquisição de consumidores.

Tais vantagens, em verdade, são observáveis em cada vez mais mercados na emergência do *Big Data*, razão pela qual este tema tem ocupado um posto central nas discussões sobre posse de dados e defesa da concorrência nos últimos anos. Neste contexto, o *Open Banking* busca conferir mais controle ao titular em relação a seus dados, seja para restringir o seu fluxo, seja para padronizar e facilitar seu compartilhamento e, assim, pulverizar o poder da informação, fomentando a concorrência e incentivando a inovação. Em outras palavras, os consumidores terão a chance de romper com o monopólio de seus bancos sobre seus dados, permitindo que novas instituições tenham melhores ideias e lhes ofereçam propostas mais vantajosas e personalizadas a partir destas informações.

Em segundo lugar, os bancos que já possuem um histórico de relação com o cliente conseguem avaliar melhor suas requisições de crédito, o que otimiza as decisões e o *pricing* destas instituições em relação à concessão de seus fundos. Ou seja, o banco competidor, com menos infor-

mações sobre a qualidade dos tomadores de crédito, tem mais dificuldade de avaliar os riscos envolvidos na operação, estando mais propício a precificá-las erroneamente ou rejeitar oportunidades profícuas.

De fato, muito antes do fenômeno *Big Data* suscitar discussões concorrenciais, a literatura econômica já apontava a posse de informação como barreira de entrada no mercado bancário (DELL'ARICCIA; FRIEDMAN; MARQUEZ, 1999, p. 525). Neste sentido, por exemplo, Stiglitz e Weiss (1981) e Dell'ariccia, Friedman e Marquez (1999) concluíram que um banco, ao ingressar no mercado de crédito, sempre se depara com um problema de seleção adversa, qual seja, a perspectiva de receber de seus concorrentes alguns de seus piores pagadores. Isto é, os bancos com mais tempo de relação com os correntistas, se de fato detiverem a informação sobre a qualidade dos pagadores, concentrarão esforços para cobrir a oferta de seu competidor apenas em relação aos bons pagadores, deixando o novo entrante apenas com os créditos mais arriscados e, portanto, menos lucrativos.

3.1.2 *Bureaux de crédito*

Diante desta assimetria de informação dos bancos em relação a características relevantes de novos consumidores, uma solução desenvolvida em diversos países, incluindo o Brasil, foi a criação dos *bureaux* de crédito, os quais coletam, arquivam e distribuem tais dados, auxiliando o mercado a calcular os riscos de crédito.

As informações de crédito são usualmente classificadas como positivas ou negativas. Estas são referentes a inadimplementos obrigacionais e são excluídas dos bancos de dados a partir de suas respectivas quitações (BRASIL, 2016)¹³. Aquelas, por sua vez, dizem respeito ao histórico financeiro do indivíduo, podendo incluir diversas informações sobre relações de crédito passadas e presentes dos cidadãos. Alguns exemplos de informações positivas são “índices de endividamento, tipo e limites de empréstimos ou contas bancárias, nome das instituições financeiras mutuantes e padrões de pagamento” (BANCO MUNDIAL, 2019a, p. 6).

Apesar de existir um sistema de avaliação de crédito no Brasil desde 1960, ele só se tornou mais abrangente na década de 90. Contudo, apenas o compartilhamento de informações negativas se desenvolveu bem. O ex-Conselheiro do Cade Paulo Burnier atribuiu o fracasso do sistema de informações positivas “em grande parte, [...] à relutância das principais instituições financeiras em compartilhar informações de seus clientes com os demais agentes do mercado” (BRASIL, 2016). Aparentemente parecido encontra-se em Pagano e Jappelli (1993, p. 1710), que, ao estudarem os fatores que levam bancos de um determinado país a compartilhar informações creditícias uns com os outros, apontaram o medo de maior competição como aspecto dissuasório.

Estudos que compararam sistemas de escore creditício confirmam o valor destas informações e nos ajudam a compreender possíveis relutâncias em compartilhá-las. Tais simulações confrontam sistemas apenas com informação negativa com aqueles que usam também históricos financeiros. O estudo conduzido com dados dos Estados Unidos encontrou uma taxa de inadimplemento de 3,35% para empréstimos aprovados com informações exclusivamente negativas, enquanto o sistema que

13 Voto do Conselheiro Paulo Burnier no Ato de concentração nº 08700.002792/2016-47 (BRASIL, 2016).

integrava também informações positivas obteve 1,9% (BARRON; STATEN, 2000, p. 19). Experimento idêntico com dados do Brasil obteve resultados equivalentes: o inadimplemento declinou de 3,37% para 1,84%, uma redução de 45% (POWELL *et al.*, 2004, p. 33). Para um banco com R\$ 100 milhões em empréstimos, por exemplo, isto se traduziria em uma poupança de R\$ 1,5 milhão (BANCO MUNDIAL, 2019a, p. 7).

Independentemente de qualquer resistência que possa ter ocorrido por parte dos bancos brasileiros, o chamado Cadastro Positivo vem se consolidando no país, e a regulação recente deve impulsionar ainda mais este processo. Nesse sentido, a Lei nº 12.414/2011 disciplinou o Cadastro Positivo no Brasil, e a Lei Complementar nº 166/2019 autorizou sua adesão automática¹⁴. Isto é, com a última medida, legalizou-se o repasse, sem consentimento, de informações de histórico de pagamento de consumidores a *bureaux* de crédito, o que deve aumentar drasticamente a base de informações positivas¹⁵.

Em termos mundiais, apesar da criação e o desenvolvimento dos *bureaux* de crédito em diversos países, sobretudo a partir da década de 50, há ainda uma expressiva parcela da população global sem registro nenhum em tais *bureaux*, o que limita seu acesso a crédito, pois dificulta a avaliação de riscos por parte dos bancos. Nas regiões da América Latina e Caribe, estima-se apenas 47,6% de cobertura da população adulta (BANCO MUNDIAL, 2019b). Neste particular, o Brasil encontra-se bastante avançado, com uma cobertura da população adulta de 81,2% (superior à média dos países de alta renda da OCDE, que é de 66,7%) e com ótimo nível de profundidade da informação (BANCO MUNDIAL, 2019b).

Com o afloramento do *Open Banking*, os *bureaux* creditícios terão a oportunidade de expandir ainda mais seus bancos de dados, unindo dados positivos, negativos e transacionais, o que irá aprimorar a performance de seus modelos e a precisão de seus scores. Naturalmente, a maior facilidade de acesso aos dados e às tecnologias de análise de *Big Data* também deve aumentar a pressão competitiva neste e em outros mercados do segmento financeiro e bancário. A respeito desta entrada de novos *players* e da condição das instituições tradicionais neste novo contexto, na seção 4, encontra-se uma análise dos movimentos recentes do mercado e de possíveis cenários esperados.

3.2 Considerações sobre a demanda

Os itens anteriores trataram do mercado bancário pela ótica da firma: as barreiras à entrada causadas pela assimetria de informação entre os *players*. Contudo, imperfeições de demanda também prejudicam o funcionamento de tal mercado, merecendo melhor compreensão. Por este ângulo, destacamos os seguintes achados da CMA (2016, p. 2-3) em sua investigação sobre o mercado bancário inglês:

(a) Contas correntes, tanto para pessoas físicas quanto para jurídicas, têm estruturas de cobrança complicadas, que dependem do uso particular que cada cliente faz de sua conta. Particu-

14 O Decreto nº 7.829/2012 e a regulamentação do Banco Central (Resolução nº 4.172/2012 e Circular nº 3.670/2013) definiram, ainda, questões relacionadas à formação e à consulta aos bancos de dados (BRASIL, 2016).

15 Registre-se, por oportuno, que os brasileiros que não quiserem a inclusão de suas informações nestes bancos de dados podem solicitar sua retirada.

larmente, o sistema de cobrança pelo uso do cheque especial (que tende a ser subestimado pelo consumidor) se revelou complexo. Isto dificulta a comparação dos serviços e produtos contratados com outros disponíveis no mercado;

(b) A portabilidade bancária ainda não é tão conhecida pela população;

(c) Ao abrirem contas correntes, clientes e bancos costumam estabelecer contratos sem termo. Assim, diferente de contratos de seguro, que costumam ter gatilhos regulares (renovação anual, por exemplo), não há, na relação bancária, um momento em que o consumidor é estimulado a se perguntar se ele poderia obter melhores ofertas de outras instituições financeiras.

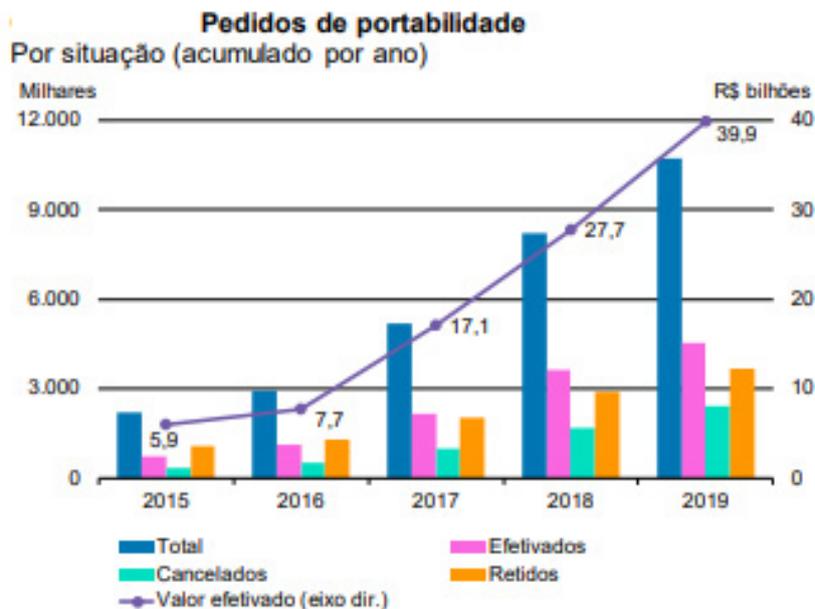
Como se vê, custos de transferência, assimetrias de informação, ignorância sobre seus próprios direitos e características contratuais do mercado bancário favorecem conjuntamente uma situação de inércia do consumidor. Segundo o levantamento da CMA (2019, p.19), apenas 3% dos titulares de contas correntes pessoais mudavam de instituição financeira anualmente. A situação não foi diferente em relação aos titulares de contas correntes empresariais, com uma taxa de 4%. Em verdade, a inércia do consumidor parece estar na origem da inércia do pequeno empresário, já que mais da metade das *startups* britânicas abre sua conta corrente no mesmo banco onde o dono do negócio tem sua conta pessoal (CMA, 2019). Por sua vez, isto afeta a tomada de crédito, já que 90% dos pequenos negócios obtêm empréstimos de seu banco principal (CMA, 2019).

No Brasil, salvo melhor juízo, não há dados públicos a respeito do percentual de pessoas físicas e jurídicas que mudam de banco anualmente¹⁶. Contudo, dados do Bacen do ano de 2019 indicam que a portabilidade bancária no país ainda está aquém de seu potencial.

A modalidade em que a portabilidade bancária está mais disseminada é a de crédito consignado, com 99,8% dos pedidos e 95,6% do valor portado (BRASIL, 2019). Nessa categoria, os valores portados (R\$38,2 bilhões) representam 18,5% das concessões de 2019. Na modalidade de crédito imobiliário, estimou-se ao final de 2019 que havia ao menos 570 mil operações (R\$102,8 bilhões) que poderiam se favorecer da portabilidade, sendo os 36 mil contratos (R\$2,15 bilhões) que se beneficiaram da portabilidade apenas 6,4% desse potencial (BRASIL, 2019). No mesmo sentido, a Superintendência do Cade, em parecer técnico de 2014, concluiu que “a portabilidade ainda é pequena no país [...] e, portanto, não pode ser considerada um forte instrumento para coibir eventuais abusos de posição dominante” (Cade, 2014). Os dados usados pelo Cade para chegar a tal conclusão são, contudo, sigilosos.

Registre-se, porém, que a tendência reportada pelo Bacen é de alta da portabilidade bancária:

16 Este autor pesquisou sem êxito nos sites do Bacen e da Febrapan, bem como na internet em geral.



Fonte: BACEN (2019).

Esta alta não se deve apenas pela disseminação de uma cultura de portabilidade, mas também pela baixa dos juros presenciada nos últimos anos, sobretudo a partir de 2017. Assim, ainda que o *Open Banking* deva estimular a portabilidade de crédito, se houver aumento de juros nos próximos anos, este pode agir a desestimulá-la.

Nos próximos itens, aprofundaremos a discussão econômica sobre a falta de informação por parte do consumidor, os custos de transferência e a inércia da demanda.

3.2.1 *Credence goods*

Pike (2018, p. 4) considera que talvez o maior responsável pela imobilidade vista neste setor é o fato de que os custos de um serviço podem variar significativamente dependendo de como o consumidor administra a conta. Neste cenário, se o agente desconhece o seu próprio padrão de uso da conta, ele é incapaz de entender se o produto que ele adquiriu é bom ou ruim em relação a outros produtos disponíveis no mercado. Para Pike (2018, p. 4), isto caracterizaria os serviços bancários como *credence goods* (algo como “bens de confiança”).

Nesta modalidade de bens, mesmo após a aquisição dos produtos ou serviços, o consumidor segue incapaz de avaliá-los propriamente. Darby e Karni (1973, p. 69) fornecem o exemplo clássico de serviços médicos cirúrgicos ou de conserto de televisões: o consumidor não consegue apreciá-los completamente, pois ele não entende as peculiaridades do mau funcionamento do aparelho ou do corpo humano. Um reparador pode trocar os tubos de uma televisão sem nenhuma necessidade, cobrar o cliente, e ele sair satisfeito com o serviço. Spencer (2002, p. 1) considera que produtos financeiros são *credence goods*, pois é difícil de discernir sua qualidade tanto *ex ante* quanto *ex post*. Ele exemplifica com fundos de investimento: nunca será inteiramente claro para o consumidor se um bom desempenho é resultado de boa gestão ou de sorte.

Em mercados de *credence goods*, o consumidor não aprende nada com sua própria experiência e é propenso a repetir seus erros, o que desincentiva as empresas rivais a oferecerem melhores produtos e incentiva as empresas contratadas a deteriorar o seu produto e explorar seus consumidores (PIKE, 2018, p. 4).

Consideramos que talvez os exemplos clássicos de *credence goods* sejam mais extremos do que os serviços bancários ora em análise. Todavia, independente da discussão a respeito de quais serviços são *credence goods* ou não, consideramos que o *insight* fornecido pelo conceito pode contribuir para a discussão a respeito da concorrência bancária. Isto pois, conforme exposto pelo relatório da CMA, há, no mínimo, alguma assimetria de informação impedindo os consumidores de avaliar adequadamente os produtos e serviços bancários.

O caso brasileiro também oferece indícios neste sentido. Acessando-se o ranking do Bacen de reclamações do consumidor a respeito de instituições reguladas, nota-se a participação expressiva de reclamações na categoria “Oferta ou prestação de informação a respeito de produtos e serviços de forma inadequada”. Nos quatro trimestres de 2019, reclamações enquadradas nesta classificação ficaram em primeiro lugar no levantamento (RANKING..., 2019).

Se a assimetria informacional no mercado de serviços bancários varejistas existir, mas não for tão insolúvel quanto a de alguns exemplos clássicos de *credence goods*, como acreditamos, o *Open Banking* poderá trazer muito valor aos consumidores. Com acesso a dados, aplicações poderão ajudar usuários a identificar seus perfis de uso de modo a encontrar as ofertas bancárias mais adequadas. A análise da contratação *ex post* também poderá ser facilitada: programas poderão simular quanto os agentes teriam pago de encargos caso tivessem optado por diferentes instituições financeiras.

3.2.2 Custos de transferência e inércia do consumidor

Os fatores que contribuem, no Brasil, para a inércia da demanda, conforme exposto pelo Conselheiro César Mattos¹⁷ e complementado pela Superintendência-Geral em parecer técnico (Cade, 2014) seriam:

- (I) Dificuldade de fechamento de conta corrente no banco de origem (devido a débitos automáticos, pagamento de salário etc.);
- (II) Procedimentos burocráticos necessários à troca;
- (III) Cancelamento de cartões antigos, muitos com financiamento de compras a prazo;
- (IV) Memorização de novas senhas;
- (V) Política de precificação dos bancos via subsídio cruzado (descontos de anuidades e tarifas para clientes com contratos de seguros, financiamento etc.);

17 Voto do Conselheiro César Costa Alves de Mattos no âmbito do Ato de Concentração nº 08012.011736/2008-41.

(VI) Importância do histórico do cliente para que as instituições bancárias concorrentes possam precificar certos produtos, principalmente os que envolvem riscos;

(VII) Benefícios oriundos de sistemas de fidelização criados pelos bancos, que concedem descontos segundo o prazo de relação do cliente com o banco.

Por sua vez, a investigação da CMA apontou que, para 25% das pequenas e médias empresas, a possibilidade de conseguir fundos rapidamente e sem maiores aborrecimentos é a razão pela qual elas tomam empréstimos em seus bancos principais (CMA, 2016, p. 32). Ou seja, há indícios de que esta série de *switching costs* geram algum efeito *lock-in*, o qual, conjugado com a prática de contratos sem termo final, resultam em uma situação de inércia dos agentes, a qual erige uma barreira à entrada de novos competidores, posto que dificulta a aquisição de clientes.

O *Open Banking*, porém, pode amenizar alguns destes custos. Por exemplo, aplicações que permitam o manejo centralizado de diversas contas bancárias (em instituições diferentes) podem diminuir a necessidade de memorização de diversas senhas e facilitar a organização financeira dos usuários. Além disso, aplicações podem descomplicar tremendamente o processo de abertura de contas ou de tomada de créditos, reduzindo a burocracia. Estas funções podem encorajar os usuários a estabelecer relações com mais instituições financeiras, bem como ajudar a difundir uma cultura de portabilidade bancária, tanto de contas correntes quanto de créditos. Por fim, conforme já fora explanado, a posse de informações aperfeiçoará os modelos de risco de crédito de diversas instituições, aprimorando suas precificações, sobretudo de operações com novos clientes.

4. BANCOS, FINTECHS E BIG TECHS: O QUE ESPERAR?

O *Open Banking*, junto a novas formas e instituições de pagamento, como o Pix e o PISP, gerarão um ambiente propício para inovações. Uma pesquisa da consultoria PwC em parceria com a Associação Brasileira de Fintechs entrevistou 148 fintechs de diferentes setores de atuação no final de 2020. Destas empresas, 73% afirmaram desenvolverem soluções para Pix e/ou Open Banking e 76% delas esperam se beneficiar das iniciativas já no seu primeiro ano (ABFINTECHS, 2020).

Ainda que o sistema financeiro aberto crie condições propícias para a emergência de novas *fintechs*, as gigantes da tecnologia (“*big techs*”), como Google e Facebook, também terão a entrada nos mercados bancário e financeiro facilitada pelo movimento, que, no Brasil, deve obrigar os bancos a compartilhar dados bancários com diversas empresas, desde que estas estejam regularizadas para tal junto ao Bacen. Isto significa que grupos empresariais que já detêm infindáveis informações sobre nossa localização, gostos, interesses, amizades, entre outros, eventualmente poderão ter acesso a dados bancários como, por exemplo, o dia em que recebemos nosso salário.

Conforme exposto, a maioria dos países democráticos exigirá consentimento dos cidadãos para o compartilhamento de dados. Contudo, a experiência recente demonstra que a esmagadora maioria da população aceita os longos termos de privacidade com que se depara na Internet, às vezes inadvertidamente, não apenas por desinformação, mas também por falta de tempo para ler

horas de contratos, de modo que tal exigência não configurará obstáculo às *big techs*.

Tamanho exposição aos barões dos dados, além de elevar, ainda mais, o valor destas plataformas para anunciantes, também concederia enormes vantagens competitivas para a atuação destas empresas em quase qualquer mercado. Não é por menos que o presidente de um importante banco brasileiro declarou recentemente que se preocupava mais com as *big techs* do que com as *fintechs* (COM AS BIG..., 2019).

De posse de dados bancários, restam pouquíssimas barreiras a impedir a competição entre os gigantes da tecnologia e as instituições financeiras. Segundo o Caderno do Cade sobre o setor, as principais barreiras para bancos entrantes seriam (a) custos irrecuperáveis relativos a investimentos iniciais em marketing, tecnologia e formação de uma rede de distribuição; (b) fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; (c) economias de escala, exigindo uma escala mínima de operação; e (d) barreiras legais e regulatórias (BRASIL, 2019).

Em relação aos custos iniciais, é notório que, atualmente, as gigantes da tecnologia têm faturamento e capacidade de investimento maiores que quaisquer bancos. Não bastasse isso, a insuperável expertise das *big techs* com marketing e tecnologias de inteligência artificial as coloca em posição privilegiada para este tipo de investimento.

Em relação à fidelidade dos consumidores, empresas como Apple, Amazon e Google já contam com ela, diferente das *fintechs*, por exemplo, que precisam superar as desconfianças. Com serviços financeiros integrados às plataformas das *big techs*, será extremamente fácil e natural para o consumidor experimentá-los, ainda mais incentivado com as melhores técnicas de engajamento existentes. Note-se, ainda, que cada vez estas plataformas se restringem menos a um *website*, tornando-se verdadeiros ecossistemas, com a emergência de aparelhos como a Alexa, da Amazon e o Google Home, os quais podem vir a transmitir e processar informações bancárias. Assim, considerando os crescentes ecossistemas e as bases bilionárias de clientes destas empresas, uma escala mínima de operação não aparenta ser um empecilho.

Por fim, restam as barreiras legais e regulatórias que visam a garantir o funcionamento e a estabilidade do sistema financeiro, como as normas do Bacen e do Acordo de Basiléia, as quais também pouco tem o condão de dissuadir significativamente a entrada das *big techs* no mercado bancário, ainda que tais empresas sofram maior escrutínio. Afinal, conforme visto, os obstáculos para estas empresas são minguantes e as vantagens competitivas abundam.

Registre-se, aliás, que já existem movimentos neste sentido. O Facebook Pay, serviço de pagamentos da plataforma, já está operante no Brasil a partir do cadastro de cartões de crédito, débito ou PayPal, e em março de 2021 o grupo obteve permissão do Bacen para oferecer o serviço também através do Whatsapp. Outro exemplo é o Apple Pay, que permite pagamentos através dos diversos aparelhos da marca. Por sua vez, há também o Google Pay, que, nos Estados Unidos, deixará de ser apenas um aplicativo de pagamentos para passar a oferecer também uma conta corrente bancária, em parceria com o Citibank (CITI UNVEALS..., 2020). Cabe ainda mencionar o Amazon Lending, serviço de empréstimo do *marketplace*, operante há alguns anos nos Estados Unidos, na China e em outros países.

Em verdade, as mudanças hoje presenciadas tornam o mercado bancário tão dinâmico e

incerto que diversos *players*, sobretudo do mercado digital, devem ensaiar uma entrada – exemplo disto é o aplicativo de entregas Ifood, que recentemente anunciou que ofertará contas bancárias digitais a milhares de restaurantes parceiros (A CONTA..., 2021).

Boa parte deste avanço ocorrerá a partir da integração de serviços financeiros e bancários a plataformas e redes sociais existentes, de modo que as empresas do meio digital se aproveitarão da condição de mercado de dois lados para alavancar seus novos serviços. Como se sabe, em mercados de dois lados há um intermediário ligando um ou mais tipo de usuários, e o valor do intermediário é altamente dependente da quantidade de usuários em cada ponta, as quais se retroalimentam. Em outras palavras, não haveria sentido para alguém usar um aplicativo de mensagens que ninguém mais tem, ou encomendar comida em um aplicativo com pouquíssimas opções de restaurante. Este tipo de condição mercadológica tem como consequência a tendência de concentração. Assim, a partir do momento em que serviços financeiros como contas e transferências interbancárias passam a ser naturalmente associados a tais plataformas pelo consumidor, o mercado destes serviços seguirá as tendências dos mercados digitais. Um exemplo concreto e próximo é o já referido uso do WhatsApp como arranjo de pagamento.

Neste cenário, o questionamento é inevitável: qual será o futuro dos bancos tradicionais?

Tais instituições terão de se renovar e encontrar novos espaços no mercado, e é deveras difícil de prevêê-los. Parcerias destas instituições com *big techs* e *fintechs*, a exemplo das já referidas iniciativas entre Google e Citibank e da plataforma “BB for developers” do Banco do Brasil, podem se tornar mais comuns. Da mesma forma, aquisições de *fintechs* por grandes bancos devem se intensificar, sendo uma via rápida de modernização para as instituições. A exemplo disto, registre-se a recente aquisição da plataforma de investimentos Kinvo pelo BTG Pactual (COTIAS, 2021).

Apesar do cenário disruptivo, os bancos tradicionais podem aproveitar a vantagem da ampla base de clientes que possuem para lhes oferecer um ecossistema vantajoso e prático de aplicações próprias ou parceiras. Afinal, muito embora as inovações em curso gerem inquietação nos consumidores e incentivem a portabilidade, mudanças sempre terão custos, ainda que sejam de tempo ou de aprendizado.

Ademais, a própria pleora de opções que deve emergir neste mercado pode ocasionar a chamada “paralisia da escolha” (ou *choice overload*). Este conceito da psicologia e da economia comportamental decorre de experimentos que demonstram que, a partir de um limiar, a existência de mais opções diminuem as chances de o indivíduo romper com o *status quo* e escolher uma das alternativas, mesmo em se tratando de questões de alto impacto futuro como a contribuição para fundos de aposentadoria¹⁸. Considerando que o *status quo* de milhões de brasileiros é possuir contas nos bancos tradicionais, estes podem se aproveitar desta paralisia para se adaptar aos novos tempos, oferecendo novos serviços e assim diminuindo ímpetos de portabilidade.

Enfim, qualquer previsão a respeito da composição futura do mercado seria mera especulação, pois ainda é cedo para prever no que resultará a interação de *players* tão distintos. Além disso, se há algo que a pandemia ensinou à atual geração é a humildade nas previsões, pois a realidade teima em desobedecê-las. Quem esperaria, por exemplo, que em 2020, com uma série de bancos e

18 Ver por exemplo Iyengar, Jiang e Huberman (2004).

carteiras digitais disponíveis, com o Pix prestes a ser inaugurado e com um vírus a habitar cédulas físicas, o brasileiro triplicaria o uso de dinheiro em espécie? (ASHWORTH; GOODHART, 2020)¹⁹.

É possível dizer apenas que a pressão competitiva da entrada de novos *players*, ainda que não desbanque as instituições financeiras tradicionais, deve aumentar a qualidade e a variedade dos serviços contratados pelo público.

5. CONCLUSÃO

Este artigo centrou-se na defesa da concorrência, perquirindo, através de uma análise do mercado e da literatura econômica, se o *Open Banking* poderia amenizar imperfeições do mercado bancário e promover a competição no setor.

As evidências analisadas, referentes aos mercados brasileiro e britânico, sugerem que há uma carência de informação dos consumidores em relação aos produtos e serviços financeiros contratados, a qual provavelmente os impede, em algum grau, de premiar as melhores ofertas do mercado. Neste cenário, consideramos promissoras as aplicações que podem emergir de um ecossistema de *Open Banking*, já que elas devem ajudar os usuários a identificar seus padrões de uso e a destilar estruturas de cobranças complexas em comparações simples e intuitivas, facilitando as análises tanto *ex ante* quanto *ex post* dos consumidores.

Por sua vez, há uma espécie de *first-mover advantage* no setor, derivada da assimetria de informações sobre os consumidores entre os bancos estabelecidos e os entrantes. Esta vantagem não se restringe às melhores condições gerais de que gozam os grandes *players* (possuidores de amplas bases de dados) para desenvolver, direcionar e vender os produtos e serviços nos tempos atuais.

Existe também no mercado de crédito uma dificuldade anterior à era dos dados, relacionada à precificação por parte das firmas entrantes, as quais, sem dispor de dados suficientes sobre os tomadores de empréstimo, não conseguem avaliar propriamente a capacidade e a intenção de pagamento dos créditos. A deficiência na análise de risco de crédito pode gerar situações de seleção adversa, em que as novas empresas acabam atraindo um percentual desproporcionalmente grande de “maus” pagadores para sua pasta de clientes, o que desestimula entradas no mercado.

Esta dificuldade foi atenuada com a disseminação dos *bureaux* de crédito a partir das décadas de 50 e 60. Contudo, ainda que, em comparação a outros países, os sistemas de avaliação de crédito brasileiros estejam bem disseminados e desenvolvidos, o *Open Banking*, ao possibilitar a união de dados positivos, negativos e transacionais, deverá aprimorar ainda mais os modelos de risco de crédito do mercado, reduzindo a assimetria de informação entre os *players* e a barreira à entrada dela decorrente. Por conseguinte, espera-se que o sistema financeiro aberto seja capaz de expandir o acesso ao crédito no Brasil.

Outro aspecto do mercado bancário são os custos de transferência de uma instituição para a

¹⁹ Poder-se-ia justificar o fato com a memória do congelamento ocorrido no governo Collor; contudo, o mesmo fenômeno ocorreu em países desenvolvidos. A circulação de dinheiro em espécie em relação ao PIB aumentou de 8% para 24% no Brasil durante a pandemia; no Canadá, de 3% para 10%; na Austrália, de 4% para 9%; nos Estados Unidos, de 6% para 11%; e na Zona do Euro, de 10% para 15% (ASHWORTH; GOODHART, 2020).

outra. Mesmo com a previsão legal das portabilidades de crédito, de salário e de cadastro, as informações obtidas pelo Cade sugerem que tais funções são ainda pouco disseminadas no Brasil. Neste contexto, o *Open Banking* pode agir como catalisador no processo de difusão da cultura da portabilidade (com aplicações que devem simplificar a abertura e o fechamento de contas) e do *multihoming* (com aplicações de manejo conjunto de contas em diferentes instituições).

O artigo também analisou possíveis cenários do mercado bancário diante da emergência de novos *players* menos tradicionais, como *fintechs*, *big techs* e outros agentes dos mercados digitais.

Conforme demonstrado, o avanço das gigantes de tecnologia em direção aos serviços financeiros é um movimento anterior ao *Open Banking*, mas que deve ser por ele acelerado. A respeito disso, há importantes aspectos jurídicos, morais e políticos que devem ser objeto de análise, sobretudo no que tange à privacidade e à concentração de dados. Todavia, em termos estritos de concorrência bancária, foco deste artigo, crê-se que a entrada das *big techs* e demais *players* do mercado digital aumentaria a pressão competitiva, melhorando a qualidade, o custo e a variedade dos serviços contratados pelo público.

Cabe pontuar que o setor bancário abriga diversos mercados relevantes e não se deve esperar efeitos uniformes em todos eles. Os mercados de arranjos de pagamento e de depósitos, aparentemente, são os que apresentarão mudanças mais rapidamente diante das novas disposições do Bacen. Em outros mercados, como o de crédito, os efeitos devem aparecer mais gradualmente, e não necessariamente se traduzirão em alterações no *market share* dos principais *players*, até porque não se deve subestimar a posição privilegiada que têm tais instituições financeiras, ao disporem de ampla base de clientes, para oferecer novos serviços.

Pontuamos, por fim, que neste cenário de desenvolvimento incipiente do sistema de dados abertos, o monitoramento constante e conjunto da ANPD, do Bacen e do Cade, bem como pesquisas a respeito do tema são essenciais para que o movimento cumpra seus objetivos. O movimento *Open Banking* deve ser visto no contexto da *data-driven economy* e de suas pautas, como regulações sobre o uso, o compartilhamento, a titularidade e a concentração de dados pessoais. É a aplicação, no setor bancário, de uma tendência maior no sentido de conceder aos consumidores o controle econômico de seus dados, o que, além de gerar um nudge pró-competitivo, também fomenta a inovação. Assim, a experiência do setor bancário, se for bem sucedida, pode vir a ser implementada em outros setores, como na Austrália, em que já se fala de *Open Energy*.

6. REFERÊNCIAS

ASHWORTH, Jonathan; GOODHART, Charles A. Coronavirus panic fuels a surge in cash demand. **CEPR Discussion Paper No. DP149102020**, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3yf22BB>. Acesso em: 6 mar. 2021.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE FINTECHS (ABFINTECHS). **Pesquisa Fintech Deep Dive 2020**. São Paulo: PricewaterhouseCoopers, 2020. Disponível em: <https://pwc.to/3hrIEf0>. Acesso em: 17 mar. 2021.

BANCO DO BRASIL (BB). Banco do Brasil lança plataforma de Open Banking. **Banco do Brasil**, 12 jun. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3bUB1bE>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BANCO MUNDIAL. **Credit Reporting Knowledge Guide 2019**. Washington: Banco Mundial, 2019a. Disponível em: <https://bit.ly/2VTd5iO>. Acesso em: 28 mar. 2020.

BANCO MUNDIAL. **Doing Business 2020: Comparing Business Regulation in 190 Economies**. Washington: Banco Mundial, 2019b. Disponível em: <https://bit.ly/33Kgd3O>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BARRON, John M.; STATEN, Michael. **The Value of Comprehensive Credit Reports: Lessons from the U.S. Experience**. [S. l.]: Semantic Scholar, 2000. Disponível em: <https://bit.ly/2YtyYXw>. Acesso em: 15 fev. 2020.

BC AUTORIZA dois arranjos e uma instituição de pagamentos relacionados ao WhatsApp. **Banco Central**, Brasília, 30 mar. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3eLx38t>. Acesso em: 12 abr. 2021.

BRADESCO firma acordo com Cade em investigação de prática anticompetitiva contra GuiaBolso. **Cade**, 7 out. 2020. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/noticias/bradesco-firma-acordo-com-cade-em-investigacao-de-pratica-anticompetitiva-contraguiabolso>. Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados

Pessoais (LGPD). Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/35BthtN>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Banco Central do Brasil (BACEN). **Relatório de Economia Bancária 2019**. Brasília: Banco Central do Brasil, 2019. Disponível em: <http://bit.ly/3vsBifR>. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. Banco Central do Brasil (BACEN). **Resolução Conjunta nº 1**. Dispõe sobre a implementação do Sistema Financeiro Aberto (Open Banking). Brasília: BACEN, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3eRv2s3>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Anexo ao Parecer Técnico nº 12/2016 Ato de concentração nº 08700.010790/2015-41**. Requerentes: Banco HSBC Brasil e Banco Bradesco S.A. Relator: Conselheiro João Paulo de Resende. Brasília, 2 nov. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2xsYKjS>. Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Ato de concentração nº 08700.002792/2016-47**. Requerentes: Banco Bradesco S.A.; Banco do Brasil S.A.; Banco Santander (Brasil); Caixa Econômica Federal; Itaú Unibanco S.A. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Brasília, 16 de novembro de 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2xsYKjS>. Acesso em: 15 fev. 2020.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Cadernos do Cade: Mercado de instrumentos de pagamento**. Brasília: Cade, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3rL7nwS>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRITAIN'S banks by market share. **Reuters Graphics**, 2021. Disponível em: <http://tmsnrt.rs/3cvXNI5>. Acesso em: 12 mar. 2021.

CAMPOS NETO, Roberto. **Agenda BC#**: uma pauta para o sistema financeiro do futuro. Brasília: Banco Central do Brasil, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3omfOhh>. Acesso em: 7 mar. 2020.

CITI UNVEALS Sneak Preview of The Citi Plex Account by Google Pay. **Citigroup**, Nova Iorque, 28 nov. 2020. Disponível em: <http://citi.us/3ofEnN1>. Acesso em: 13 mar. 2021.

COM AS BIG techs, fintechs deixaram de ser a maior preocupação, diz presidente do Bradesco. **Época negócios**, 11 out. 2019. Disponível em: <https://glo.bo/2KPmXnn>. Acesso em: 30 jan. 2020.

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (CMA). **Retail banking market investigation**: Final report. Londres: CMA, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/2WeHDDj>. Acesso em: 24 fev. 2020.

A CONTA Digital iFood agora tem Pix. **iFood**, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3tN2S5o>. Acesso em: 30 mar. 2021.

COTIAS, Adriana. BTG Pactual acerta a compra da Kinvo por R\$ 72 milhões. **Valor Econômico**, São Paulo, 17 mar. 2021. Disponível em: <https://glo.bo/3bpVQNi>. Acesso em: 30 mar. 2021.

DARBY, Michael R.; KARNI, Edi. Free Competition and the Optimal Amount of Fraud. **The Journal of Law & Economics**, v. 16, n. 1, p. 67–88, 1973. Disponível em: <https://bit.ly/2VT8ywj>. Acesso em: 15 fev. 2020.

DELL'ARICCIA, Giovanni; FRIEDMAN, Ezra; MARQUEZ, Robert. Adverse Selection as a Barrier to Entry in the Banking Industry. **The RAND Journal of Economics**, v. 30, n. 3, p. 515–534, 1999. Disponível em: www.jstor.org/stable/2556061. Acesso em: 30 jan. 2020.

INNOPAY Open Banking Monitor. **Innopay**, Amsterdã, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3ykuEd1>. Acesso em: 20 fev. 2020.

IYENGAR, Sheena Sethi; JIANG, Wei; HUBERMAN, Gur. How much choice is too much? Contributions to 401 (k) Retirement Plans. In: MITCHELL, Olivia; UKTUS, Stephen P. **Pension Design and Structure**: new lessons from behavioral finance. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 82-95.

JOAQUIM, Gustavo; VAN DOORNIK, Bernardus; ORNELAS, José Renato. **Bank Competition, Cost of Credit and Economic Activity**: evidence from Brazil: Documento de trabalho 508. Brasília: Banco Central do Brasil, Departamento de Pesquisa, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3uOCl92>. Acesso em: 6 mar. 2021.

JORGENSEN, Ole Hagen; APOSTOLOU, Apostolos. **Brazil's bank spread in international context**: From macro to micro drivers. Washington: The World Bank, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3brFq7r>. Acesso em: 20 fev. 2020.

OPEN Banking. **Banco Central do Brasil**, Brasília, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3feoP82>. Acesso em: 7 mar. 2020.

PAGANO, Marco; JAPPELLI, Tullio. Information Sharing in Credit Markets. **The Journal of Finance**, v. 48, n. 5, p. 1693–1718, 1993. Disponível em: www.jstor.org/stable/2329064. Acesso em: 6 mar. 2020.

PERGUNTAS e Respostas: Open Banking. **Banco Central do Brasil**, Brasília, ago. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/33Lh6ZY>. Acesso em: 18 mar. 2021.

PIKE, Chris. Competition and Open API Standards in Banking. **OECD Digitalisation And Finance, Forthcoming**, p. 1-10, mar. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3487628>. Acesso em: 15 fev. 2020.

POWELL, Andrew et al. Improving Credit Information, Bank Regulation, and Supervision: On the Role and Design of Public Credit Registries. 2004. **Policy Research Working Paper No. 3443**, nov. 2004. Disponível em: <https://bit.ly/2WcOmFi>. Acesso em: 20 fev. 2020.

RANKING de Reclamações. **Banco Central do Brasil**, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2SmhOaM>.

Acesso em: 20 fev. 2020.

SPENCER, Peter. Can National Banking Systems Compete? A Comment on the Paper by Hans-Werner Sinn. **FinanzArchiv / Public Finance Analysis**, v. 59, n. 3, p. 336–339, 2002. Disponível em: <https://bit.ly/35jNCC8>. Acesso em: 15 fev. 2020.

STIGLITZ, Joseph E.; WEISS, Andrew. Credit rationing in markets with imperfect information. **The American Economic Review**, v. 71, n. 3, p. 393–410, 1981. Disponível em: <https://bit.ly/2W9TQ3u>. Acesso em: 15 fev. 2020.

THOMAS, Hamish. EY Open Banking Opportunity Index: where open banking is set to thrive. **Ernst & Young**, 31 ago. 2020. Disponível em: <https://go.ey.com/3ogeoF0>. Acesso em: 11 mar. 2021.

8

ARBITRAGEM E DIREITO CONCORRENCIAL: ORDEM PÚBLICA, CONFIDENCIALIDADE E ATUAÇÃO DOS ÁRBITROS

*Arbitration and competition law: public policy
doctrine, confidentiality and role of arbitrators*

Lucas de Góis Barrios¹

Vitória Neffá Lapa²

RESUMO

O objetivo deste artigo é compreender a compatibilidade entre a arbitragem e o direito concorrencial, endereçando questionamentos além da arbitrabilidade da matéria, mas também sobre como os árbitros devem agir na aplicação das normas de ordem pública do direito concorrencial e a possibilidade de flexibilização da confidencialidade. Inicialmente, será apresentada a evolução do tratamento da arbitrabilidade objetiva do direito concorrencial. Posteriormente, será examinada a relevância do conceito de ordem pública para a arbitragem e como as questões concorrenciais de ordem pública podem surgir em diferentes contextos e níveis de complexidade. Por fim, será analisada a forma de atuação dos árbitros ao aplicar a matéria de ordem pública, incluindo as questões sobre a existência ou não de um dever do árbitro de informar atos ilícitos à autoridade concorrencial e a possibilidade de flexibilização da confidencialidade para a publicidade de certos atos, a fim de contribuir com a formação de uma jurisprudência arbitral.

Palavras-chaves: Arbitragem; Direito Concorrencial; Ordem Pública; Confidencialidade.

ABSTRACT

The purpose of this article is to understand the compatibility between arbitration and competition law, addressing questions beyond its arbitrability, but also about how arbitrators should perform in the application of public policy rules of competition law, and the possibility of lessening confidentiality. Initially, it will be presented the evolution of the objective arbitrability of competition law. Subsequently, it will be examined the relevance of the concept of public policy for arbitration and how objections of competition law as public policy may be raised, in different contexts and degrees of complexity. Finally, it will be addressed how arbitrators should operate when applying public policy

1 Mestrando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-graduado em Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV-SP). E-mail: lucas.barrios@usp.br.

2 Mestranda em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-graduada em Direito Societário e Mercado de Capitais pela Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro (FGV-RJ). E-mail: vitoria.neffa@usp.br

matters of competition law, including whether the arbitrator would have a duty to report illegal acts to the competition authority and the possibility of lessening confidentiality of certain parts of the arbitration proceedings in order to contribute to the formation of an arbitration case law.

Keywords: Arbitration; Competition Law; Public Policy; Confidentiality.

Classificação JEL: K21.

Sumário: 1. Introdução; 2. Arbitrabilidade do direito concorrencial; 2.1. A experiência estadunidense: o caso *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*; 2.2. A experiência europeia: o caso *Eco Swiss v. Benetton*; 2.3. O desenvolvimento da matéria no Brasil; 2.3.1. Perspectiva normativa; 2.3.2. Experiência prática: os acordos celebrados pelo Cade; 3. Ordem pública e direito concorrencial; 3.1. A noção de ordem pública; 3.2. Questões de ordem pública do direito concorrencial e suas diferentes gradações; 3.3. Ordem pública, direito concorrencial e aspectos internacionais; 4. Direito concorrencial, confidencialidade e atuação dos árbitros; 4.1. A aplicação das questões concorrenciais pelo árbitro pode ser feita *ex officio* ou somente mediante provocação das partes? 4.2. Os árbitros possuem o dever de informar atos ilícitos/crimes à autoridade concorrencial? É possível flexibilizar a confidencialidade?; 5. Conclusões; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca examinar como questões de direito concorrencial, sobretudo relacionadas à ordem pública, podem surgir no âmbito da arbitragem, e, em decorrência, as implicações quanto à confidencialidade do procedimento e à atuação dos árbitros. Assim, o problema a ser enfrentado pelo trabalho diz respeito à identificação dos contornos das questões concorrenciais de ordem pública, e como devem ser endereçadas pelo tribunal arbitral.

Parece haver uma tendência de expansão dos limites da arbitragem, considerando sua ampla aceitação como meio adequado e eficiente para resolução de conflitos.³ Inicialmente, algumas áreas do direito pareciam inconciliáveis com o instituto da arbitragem, dentre elas, o direito concorrencial. Entretanto, a compatibilização entre as matérias vem sendo gradualmente admitida e ampliada. Ainda restam dúvidas, porém, quanto aos contornos e reflexos da abordagem do antitruste no âmbito das disputas arbitrais.

A interação entre arbitragem e direito concorrencial é uma realidade, pois, os agentes econômicos que mais se utilizam do instituto para a resolução de disputas comerciais são, geralmente, os que detêm poder econômico, e, por isso, suas disputas podem apresentar um componente concorrencial (CRISTOFARO; NEY, 2003, p. 335). Nesse sentido, é imprescindível examinar a compatibilidade entre essas duas áreas e como questões de ordem pública em matéria concorrencial devem ser endereçadas.

Inicialmente, o trabalho analisará como as experiências estadunidense e europeia conduzi-

³ A arbitragem é um meio adequado de resolução de conflitos que conquistou, com o tempo, amplo espaço no cenário jurídico brasileiro e internacional. Para resolver disputas comerciais internacionais, a arbitragem é o meio preferido da vasta maioria dos participantes do mercado, exatamente 97%, de acordo com a pesquisa realizada pela Queen Mary University of London (2018).

ram as discussões sobre a arbitrabilidade do direito concorrencial a partir de casos paradigmáticos naquelas jurisdições. Investigará, ainda, como se apresenta a atual perspectiva normativa desta matéria na legislação brasileira, observando também a experiência prática dos acordos celebrados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

Em seguida, o trabalho buscará delimitar a importância do conceito de ordem pública para a arbitragem e explicar como questões de ordem pública ligadas ao direito concorrencial podem demandar diferentes graus de profundidade de análise pelos árbitros, tanto na arbitragem doméstica, como na internacional.

Por fim, estabelecidas as premissas acerca da aplicação da norma concorrencial de ordem pública pela arbitragem, o trabalho analisará como os árbitros deverão atuar: se poderão suscitá-la *ex officio* ou somente mediante provocação das partes. Também será examinado se existe um dever do árbitro de informar atos ilícitos à autoridade concorrencial, bem como se é possível mitigar a confidencialidade para compartilhamento de informações com a autoridade antitruste, ou publicização de certos atos procedimentais, a fim de contribuir com a formação de uma jurisprudência arbitral.

2. ARBITRABILIDADE DO DIREITO CONCORRENCIAL

As autoridades antitruste, em princípio, eram muito receosas quanto à interação entre a arbitragem e o direito concorrencial, tendo em vista a desconfiança quanto à aptidão de um árbitro para decidir litígios concorrenciais ou à existência de um suposto dever de notificação da autoridade concorrencial quanto ao conteúdo da sentença arbitral (IDOT, 2011, p. 53). Outra preocupação dos especialistas era a possibilidade de a arbitragem ser utilizada como um artifício para companhias descumprirem regras concorrenciais, pois as autoridades de defesa da concorrência teriam dificuldade em detectar as violações por conta de algumas características da arbitragem consideradas “alarmantes”, como a confidencialidade (KOMNINOS, 2009, p. 4-5).

Quando o direito concorrencial e a arbitragem se encontram, surge a questão da arbitrabilidade objetiva do direito concorrencial. Nesse sentido, no tópico seguinte, passa-se a uma breve exposição sobre a relação entre esses dois campos, sem qualquer pretensão de exaurir a matéria, mas tão somente compreender a sua compatibilidade e o modo como a interação entre arbitragem e concorrência se tornou aceita nas experiências de outras jurisdições e do Brasil.

2.1 A experiência estadunidense: o caso *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth*

A arbitragem, até 1985, era considerada incompatível com o direito antitruste nos Estados Unidos da América. A doutrina prevalente sobre a matéria era a *American Safety Doctrine*, assim denominada em razão do julgamento do caso *American Safety Equipment Corp. v. J. P. Maguire & Co.*, em que o tribunal de apelações do *Second Circuit* considerou que o direito da concorrência não seria arbitrável, por envolver questões de interesse público, e porque a violação de suas normas poderia afetar a coletividade (ESTADOS UNIDOS, 1968).

A Suprema Corte Americana, entretanto, em 1985, afastou a aplicação da *American Safety Doctrine*, quando julgou o caso *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth Inc* (ESTADOS UNI-

DOS, 1985), considerado paradigmático e um marco para a arbitragem internacional, por ter permitido a resolução da disputa concorrencial em questão por meio da arbitragem (OECD, 2011, p. 11).

Tratava-se de litígio envolvendo um contrato de distribuição sujeito à legislação japonesa, com a previsão de cláusula de arbitragem, situando a disputa no Japão. Ao surgir o conflito, a Mitsubishi – então requerente – ajuizou ação judicial buscando compelir a Soler Chrysler a resolver a lide por arbitragem, conforme dispunha a referida cláusula contratual. Entretanto, a requerida alegou em defesa que a requerente teria violado a lei antitruste estadunidense (*Sherman Act*) e, por isso, o litígio não seria arbitrável.

Após recursos no processo judicial, a Suprema Corte decidiu pela arbitrabilidade do litígio em comento, considerando, dentre outras razões, que a mera complexidade das questões antitrustes envolvidas não seria suficiente para afastar a arbitragem, pois, não havia fundamento para presumir que a arbitragem internacional não proporcionaria uma decisão adequada.

De forma precisa, a Suprema Corte privilegiou a vontade das partes em decidir eventual litígio por arbitragem e ressaltou que, quando as partes escolhem um tribunal arbitral para decidir questões que envolvam normas cogentes, os árbitros serão obrigados a decidir em conformidade com o direito nacional que deu origem à demanda. Ressaltou, ainda, que as cortes nacionais terão a oportunidade, na fase de execução da sentença, de avaliar se a aplicação da lei antitruste foi adequada, estabelecendo o que ficou conhecido, posteriormente, como *Second Look Doctrine*.

2.2 A experiência europeia: o caso *Eco Swiss v. Benetton*

A arbitrabilidade do direito concorrencial na União Europeia também não era, inicialmente, aceita. Os próprios árbitros evitavam decidir questões que envolvessem normas de ordem pública, como aquelas do direito concorrencial, por receio de possível anulação das sentenças arbitrais (KOMNINOS, 2009, p. 5).

Em 1999, entretanto, o caso *Eco Swiss China Time Ltd. v. Benetton International NV* (UNIÃO EUROPEIA, 1999) alterou o entendimento até então prevalecente. Tratava-se de discussão sobre a suspensão da execução da sentença arbitral que condenou a Benetton ao pagamento à Eco Swiss de indenização por perdas e danos, em razão da rescisão de um contrato de licenciamento de marca celebrado entre as empresas.

A Benetton ajuizou ação de anulação da sentença arbitral com o argumento de que a sentença arbitral teria violado a ordem pública, pois, não analisou a possível nulidade do contrato em face do Artigo 101(1) do Tratado de Funcionamento da União Europeia, que dispõe sobre acordos considerados anticompetitivos no direito concorrencial europeu. As partes, entretanto, durante o procedimento arbitral, não suscitaram, em nenhum momento, que o contrato violaria o mencionado dispositivo.

O Tribunal de Justiça concluiu que o Poder Judiciário poderia anular a decisão arbitral, caso entendesse que houve violação do referido Artigo 101(1) do Tratado de Funcionamento da União Europeia. A Corte ressaltou, entretanto, que a análise judicial somente é possível quando as leis processuais domésticas do Estado-Membro permitirem recurso judicial com base na não observância de norma de ordem pública pelo tribunal arbitral (UNIÃO EUROPEIA, 1999).

Nesse sentido, a decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia trouxe repercussões relevantes acerca da arbitrabilidade do direito concorrencial, como a discussão sobre o dever do árbitro de aplicar *ex officio* o direito comunitário da concorrência. Ressalta-se que a matéria não está totalmente consolidada, mas, segundo o Secretariado nos trabalhos da Audiência da OCDE de 2010, em sequência à mencionada decisão, existe uma tendência em se considerar que os árbitros possuem o dever de suscitar e aplicar matérias de ordem pública nos procedimentos arbitrais (OECD, 2011, p. 12).

2.3 O desenvolvimento da matéria no Brasil

2.3.1 Perspectiva normativa

A arbitragem, no Brasil, é disciplinada pela Lei nº 9.307/1996 (BRASIL, 1996), que estabelece, no art. 1º, os sujeitos que poderão participar da arbitragem, bem como os limites subjetivo e objetivo da arbitrabilidade. Com relação ao limite objetivo, a legislação brasileira determina que são arbitráveis os litígios relativos a “direitos patrimoniais disponíveis”,⁴ compreendidos, assim, como aqueles que, simultaneamente, tenham cunho patrimonial e possam ser objeto de transação ou renúncia.⁵

A defesa da concorrência encontra fundamento, em especial, no art. 173, § 4º, da Constituição Federal de 1988⁶, constituindo suas funções principais a prevenção e repressão do abuso do poder econômico. A Lei nº 12.529/2011 estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e delega ao Cade competências exclusivas relacionadas à sua natureza judicante no âmbito da Administração Pública (BRASIL, 2011).

O Cade é uma autarquia federal que tem por objetivo exercer o controle prévio de atos de concentração econômica – denominado controle de estruturas –, bem como reprimir as infrações contra a ordem econômica e aplicar penalidades – denominado de controle de condutas (FORGIONI, 2018, p. 155-158). O titular dos bens jurídicos protegidos pela Lei nº 12.529/2011 é a coletividade,⁷ sendo a livre concorrência um direito difuso fundamental à ordem econômica.

Considerando que somente são arbitráveis os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis e que a livre concorrência é um direito difuso – possuindo o Cade importante papel judicante –, a questão que se coloca é como compatibilizar a arbitragem e o direito concorrencial.

Para tanto, é necessário compreender que o direito concorrencial envolve uma “multiplici-

4 Lei nº 9.307/1996: “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis [...]” (BRASIL, 1996).

5 Os limites da arbitrabilidade, geralmente, são definidos pela legislação de cada país. Nesse sentido, estudo efetuado pelo Institute of International Business Law and Practice e editado pela Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI) identifica três sistemas distintos para definir o limite objetivo da arbitrabilidade: (i) o da disponibilidade do direito, utilizado por países como a Alemanha, Bélgica, Estados Unidos, Espanha, Itália e Portugal; (ii) o da natureza patrimonial do direito, critério este utilizado na Argentina e na Polônia; e (iii) o da vedação à arbitragem sobre qualquer matéria que interesse à ordem pública, composto por um pequeno grupo de países incluindo França, Dinamarca e Índia. O Brasil combinou os dois primeiros critérios (BALL *et al*, 1993, p. 85).

6 Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 173 [...] § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.” (BRASIL, 1988).

7 Lei nº 12.529/2011: “Art. 1º [...] Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.” (BRASIL, 2011).

dade de esferas de responsabilidades” (FRAZÃO, 2018), dentre elas: a administrativa, que possui o intuito de proteger o direito difuso da livre concorrência; a criminal, quando trata de cartéis; e a cível, relativa justamente à discussão dos direitos patrimoniais disponíveis dos infratores. Essa multiplicidade, segundo Frazão (2018), é justificada pela origem do direito concorrencial, pois, “desde sua criação, jamais pretendeu anular ou mitigar a dimensão privada dos conflitos concorrenciais, mas, tão somente adicionar, de forma cumulativa, uma perspectiva de *enforcement* público, a ser implementada por meio de autoridades estatais”. Dessa forma, há a coexistência do *public enforcement* de forma harmônica e complementar ao *private enforcement*.

O ordenamento jurídico brasileiro assegura, ainda, o direito de ação para que prejudicados reivindiquem seus direitos individuais ou individuais homogêneos com o intuito de cessar práticas que constituam infrações à ordem econômica, ou reparar danos decorrentes de práticas anticoncorrenciais por meio de indenização, como disposto no artigo 47, da Lei nº 12.529/2011.⁸ Essa ação privada, expressamente autorizada pela Lei, é um instrumento autônomo em relação ao *enforcement* público do direito concorrencial, o que significa que poderá ser utilizada mesmo que o Cade não tenha feito qualquer investigação (FRAZÃO, 2018). Além disso, fica assegurada, também, a possibilidade de revisão judicial das decisões tomadas por autoridades antitrustes, sem qualquer limitação (FORGIONI, 2018, p. 166).

A compatibilização entre a arbitragem e o direito da concorrência é possível desde que aquela seja relativa à configuração da responsabilidade civil e à reparação de danos decorrentes de práticas anticoncorrenciais, sendo limitada, portanto, aos direitos disponíveis dos envolvidos e às consequências estritamente patrimoniais. A arbitragem, nesse sentido, não poderá interferir na competência exclusiva que as autoridades estatais detêm para exercer o *enforcement* público (OECD, 2011, p. 11).

Uma vez delineados os contornos da arbitrabilidade do direito concorrencial sob a perspectiva normativa brasileira (ou seja, conectada aos direitos patrimoniais disponíveis), verifica-se que a arbitrabilidade do direito concorrencial se revela mais complexa na prática. Isso porque, de um lado, (i) o Cade vem utilizando o mecanismo de arbitragem para solução de controvérsias concorrenciais de caráter notadamente público, como o acesso a uma dada infraestrutura ou canal de distribuição em condições não discriminatórias (seção 2.3.2 abaixo), e de outro, (ii) questões de ordem pública relacionadas ao direito concorrencial podem surgir no âmbito da arbitragem, que extrapolam a relação jurídica privada, potencialmente demandando endereçamento pelo tribunal arbitral (seção 3 abaixo). É o que passaremos a analisar nas próximas seções.

2.3.2 Experiência prática: os acordos celebrados pelo Cade

A experiência prática vem indicando a gradual adoção, pelo Cade, do mecanismo de arbitragem para solução de controvérsias relacionadas ao acesso de terceiros a determinado canal de

8 Lei nº 12.529/2011: “Art. 47. Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, poderão ingressar em juízo para, em defesa de seus interesses individuais ou individuais homogêneos, obter a cessação de práticas que constituam infração da ordem econômica, bem como o recebimento de indenização por perdas e danos sofridos, independentemente do inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação.” (BRASIL, 2011).

distribuição ou infraestrutura, em condições não discriminatórias, no âmbito do controle preventivo de estruturas.

Como sabido, no âmbito do controle preventivo, quando identificadas possíveis preocupações concorrenciais, o Cade pode impor condições estruturais ou comportamentais (remédios concorrenciais) para a aprovação do negócio jurídico pretendido pelos requerentes. As referidas condições podem ser negociadas e então entabuladas entre o Cade e as partes por meio do chamado Acordo em Controle de Concentração (ACC), que estabelece expressamente as obrigações a serem cumpridas, durante determinado período, para que as partes obtenham plena aprovação da operação.

Observa-se que ainda são poucos os precedentes do Cade nos quais foram incluídas cláusulas de arbitragem no âmbito de ACCs. O presente trabalho foi capaz de identificar 5 (cinco) precedentes até o momento. Não obstante, os casos analisados demonstram haver um gradual amadurecimento na utilização do referido mecanismo pelo Cade, com o constante refinamento das cláusulas ao longo dos acordos firmados, o que aponta para sua provável consolidação na prática concorrencial brasileira.

Os ACCs nos quais foi incluída a previsão de arbitragem envolveram, em geral, compromissos de negociação com terceiros em condições justas e não discriminatórias, garantindo-lhes o recurso à arbitragem. Dessa forma, a autoridade antitruste buscou resguardar o acesso de terceiros a determinado canal de distribuição ou infraestrutura, mitigando, assim, potenciais riscos de fechamento de mercado.

Antes de analisarmos as controvérsias e perspectivas em relação à utilização da arbitragem no âmbito de ACCs, cumpre brevemente examinar o histórico e o teor das cláusulas compromissórias já entabuladas pelo Cade.

O primeiro precedente consiste no Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47, envolvendo a Vale Fertilizantes e o Grupo ICL, julgado em 10.12.2014 (BRASIL, 2014).⁹ No referido caso, firmou-se ACC por meio do qual o Grupo ICL se comprometeu a fazer com que a Fosbrasil, da qual passaria a deter o controle unitário, oferecesse contratos de fornecimento de PPA (insumo considerado essencial para a produção de sais fosfatados) a potenciais produtores localizados no Brasil, respeitando condições não discriminatórias.¹⁰

Caso o produtor independente alegasse a recusa de fornecimento pela Fosbrasil, sem justificativa objetiva, o Cade poderia, ouvido previamente o compromissário, solicitar que fosse iniciado o procedimento de arbitragem para dirimir a questão, com a concordância do produtor em se vincular ao procedimento.¹¹ Conforme o ACC, os árbitros seriam apontados e custeados pela ICL Brasil e chancelados pelo Cade. Além disso, a opinião a ser exarada, adstrita à análise da justificativa objetiva para a recusa, deveria também ser referendada pelo Cade.¹²

9 Operação aprovada por unanimidade, nos termos do voto da Conselheira Relatora Ana Frazão.

10 Cláusulas 2.1 e ss. do ACC.

11 Cláusulas 3.6 e 3.6.1 e 3.6.4 do ACC.

12 Cláusulas 3.6.2 e 3.6.3 do ACC.

A Conselheira Relatora Ana Frazão, em seu voto condutor, apontou que o recurso à arbitragem “reduz sobremaneira os custos de monitoramento pelo Cade, na medida em que discussões complexas relativas aos motivos que levaram à recusa de negociação ou à inadequação dos critérios de negociação ficarão a cargo do árbitro”.¹³ Por outro lado, destacou que “o ACC resguarda a competência do Cade, prevendo expressamente que a decisão final relativa ao descumprimento do ACC caberá ao SBDC [Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência], independentemente do resultado da arbitragem”.¹⁴

No Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65 (BRASIL, 2015b), entre Rumo e ALL, julgado em 11.02.2015,¹⁵ foi firmado ACC no qual se previu que o usuário (contratante dos serviços de transporte ferroviário) que se sentisse discriminado, poderia iniciar procedimento arbitral. Isso sem prejuízo das competências regulatórias da ANTT.¹⁶

O ACC vinculou os compromissários à aceitação dos pedidos de arbitragem dos usuários; conferiu ao tribunal arbitral o papel de decidir se houve ou não a alegada discriminação; e, por último, estipulou que as decisões arbitrais deverão ser fornecidas ao Cade anualmente durante a vigência do acordo.¹⁷

Diferentemente do primeiro ACC, que estabeleceu a obrigação do Cade de referendar decisões arbitrais, no caso Rumo/ALL apenas se previu que “[o] Cade não se vincula a qualquer deliberação arbitral para a formação das suas decisões, e nem se obriga a se manifestar ou a tomar providências a cada decisão arbitral prolatada”.¹⁸ Conforme se verá, trata-se de disposição que passou a ser repetida nos demais casos.

No Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11 (BRASIL, 2017b), entre BM&FBovespa e CETIP, julgado em 22.03.2017,¹⁹ firmou-se ACC em que as referidas empresas se comprometeram à prestação de serviços de Central Depositária de Ativos, incluindo acesso à infraestrutura, em condições justas, transparentes e não discriminatórias,²⁰ uma vez que o referido serviço teria características

13 Parágrafo 267 do voto.

14 Parágrafo 268 do voto.

15 Operação aprovada por unanimidade, nos termos do voto do Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.

16 A ANTT tem competência para arbitrar conflitos entre usuários e empresas concessionárias por força do art. 20, inciso II, “b”, da Lei nº 10.233/2001 (BRASIL, 2001). Além disso, cumpre destacar, por exemplo, que as Resoluções nº 3.694/2011 e nº 5.845/2019, ambas da ANTT, dispõem acerca da arbitragem no âmbito das competências da agência reguladora.

17 Conforme Cláusulas 2.32, §§ 1º, 2º e 6º do ACC.

18 Cláusula 2.33 do ACC.

19 Operação aprovada por maioria, nos termos do voto-vogal do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Vencida a Conselheira Relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, que se manifestou pela aprovação da operação com restrições.

20 Cláusulas 2.8 e 2.9 do ACC. Nos termos do acordo, a prestação de serviços CSD (*Central Securities Depositories*, ou Central Depositária de Ativos) significa “a prestação de serviços, pela central depositária da BVMF, de transferência de valores mobiliários objeto de operações compensadas e liquidadas por intermédio de outra IMF [infraestrutura do mercado financeiro], bem como as funcionalidades acessórias para a prestação do serviço principal” (Cláusula 2.9).

de monopólio natural e *essential facility*.²¹ Em caso de fracasso nas negociações, a parte interessada poderá iniciar o procedimento de arbitragem, a fim de solucionar a controvérsia.²²

De modo inovador, o referido ACC adotou a cidade de São Paulo/SP como sede da arbitragem, determinando a observação, no que aplicável, do Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC).²³

À diferença dos casos anteriores, o ACC previu que a decisão arbitral, além de vinculante às partes, será irrecorrível.²⁴ Nesse aspecto, ao prever a irrecorribilidade da decisão arbitral de forma expressa, o caso BM&FBovespa/CETIP adotou, de forma mais clara, o procedimento de arbitragem, em oposição ao mecanismo de *arbitramento*.²⁵

Outro aspecto também tornou mais clara a adoção do instituto da arbitragem: enquanto nos primeiros casos os ACCs estabeleceram que os árbitros deveriam proferir decisão quanto à existência ou não de uma situação fática de discriminação²⁶ (havendo, inclusive, quanto ao ACC da ICL/Fosbrasil, a necessidade de referendo pelo Cade), no caso BM&FBovespa/CETIP, o ACC estabeleceu que o tribunal terá poderes mais amplos, para “decidir sobre quaisquer aspectos relativos ao preço e/ou o escopo das regras de acesso”.²⁷ Assim, nota-se maior aproximação da Lei de Arbitragem, que, a seu turno, estabelece que o árbitro é juiz de fato e de direito, e a decisão arbitral é irrecorrível e não se sujeita à homologação do Poder Judiciário.²⁸

Entretanto, seguindo o modelo estabelecido no caso anterior, aqui também o ACC estabeleceu que o Cade não se vincula à decisão arbitral, e tampouco se obriga a adotar qualquer providência adicional em decorrência da decisão arbitral,²⁹ determinando que os compromissários enviem cópia da sentença arbitral ao Cade.³⁰

21 Nesse sentido, conforme o voto-vogal do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, “a nova empresa detém o monopólio dos serviços de central depositária no Brasil, que possui características de monopólio natural e de *essential facility*, elevando ainda mais seu poder de mercado. Assim sendo, eventuais novos players no mercado de bolsa e/ou balcão deverão, necessariamente, contratar as Requerentes – suas concorrentes nos ditos mercados de bolsa e/ou balcão – para a prestação de serviços no mercado de depositária central.”

22 Cláusula 2.11 do ACC.

23 Conforme a Cláusula 2.12, “[a] Arbitragem será conduzida por tribunal arbitral composto por 3 (três) árbitros (‘Tribunal Arbitral’) e será realizada na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, observando, no que for aplicável, o procedimento previsto no Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC).”

24 Cláusula 2.15 do ACC.

25 Tal distinção foi notada pelo voto-vogal do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Além disso, conforme leciona Baptista (2011, p. 29-30), “[o] arbitramento é modo de determinação de um elemento material do negócio jurídico. Nele, as partes decidem que um terceiro estimará o preço, a quantidade ou outro elemento qualquer do negócio, integrando suas vontades. Não tem caráter decisório e pode ser objeto de revisão judicial. É ato estimatório de valores e qualidades. [...] A distinção em face da arbitragem nem sempre é clara, mas existe. Encontramo-la em obras da doutrina de vários países: o arbitrador não decide matéria de direito. Avalia aspectos de fato específicos e determina situações”.

26 Como bem apontado por Medrado e Jimenez (2019, p. 546).

27 Cláusula 2.13 do ACC.

28 Lei nº 9.307/1996: “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.” (BRASIL, 1996).

29 Cláusula 2.17 do ACC.

30 Cláusula 2.16 do ACC.

No Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14, entre AT&T (detentora da DirecTV e Sky) e Time Warner, julgado em 18.10.2017 (BRASIL, 2017a),³¹ foi celebrado ACC com o objetivo preservar o ambiente competitivo relacionado à programação de canais de TV por assinatura e operação de TV por assinatura. Neste caso, o acordo previu que terceiros (programadores de canais e prestadores de TV por assinatura) poderiam acionar o mecanismo de arbitragem para “resolver conflitos relacionados às condições comerciais de contratação”.³²

Pela primeira vez, o ACC escolheu não apenas o regulamento aplicável, mas também a câmara arbitral onde se conduziriam os procedimentos (no caso, o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá – CAM/CCBC, bem como seu respectivo regulamento).³³ Além disso, de modo também inovador, o ACC fixou aspectos como as provas admitidas e a quantidade de manifestações de cada parte durante o procedimento,³⁴ e limitou o custeio da arbitragem pelos compromissários apenas em relação às contrapartes cuja participação de mercado seja inferior a 20%.³⁵

Em linha com posicionamentos anteriores, o Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo reiterou que o recurso à arbitragem evita que o Cade estabeleça “parâmetros mais específicos de não-discriminação”, os quais demandariam “elevado ônus de monitoramento, além de sujeitar a decisão a um alto nível de insegurança e erro, diante da assimetria de informação”. Ademais, como de praxe, o Cade estabeleceu que não se vincula à decisão arbitral, e tampouco se obriga a adotar qualquer providência.³⁶

No Ato de Concentração nº 08700.004163/2017-32, envolvendo o Grupo Petrotex e a Petrobras, julgado em 07.02.2018,³⁷ foi firmado ACC em que o Grupo Protetex se comprometeu a celebrar um novo contrato com a empresa M&G Brasil para fornecimento de PTA (ácido tereftálico purificado), conforme as condições de volume, preço, prazo, não discriminação, dentre outras fixadas pelo ACC.

De modo peculiar, o acordo foi possível porque a M&G Brasil, que atuava como terceira interessada, manifestou-se favoravelmente aos termos do ACC, colaborando na construção do remédio.³⁸ Assim, o ACC previu que, caso a M&G Brasil não aceitasse a proposta de novo contrato de fornecimento que seria ofertada pelo Grupo Petrotex, o compromissário deveria iniciar um procedimento arbitral para dirimir a controvérsia sobre “preços e volumes”.

31 Aprovado, por unanimidade, nos termos do voto do Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo.

32 Cláusula 6.1 do ACC.

33 Cláusula 6.4 do ACC.

34 Conforme Cláusula 6.5 do ACC: “Os árbitros emitirão sentença baseada apenas em documentos, estando as partes autorizadas a apresentar qualquer documento/prova para embasar sua posição, mas não haverá audiências com especialistas e testemunhas. Após a instituição da arbitragem, haverá duas manifestações de cada parte, sendo a primeira acompanhada de todos os documentos e provas, com exceção de documentos e provas eventualmente acostadas à segunda manifestação, com o objetivo de refutar os documentos e provas apresentados pela outra parte. O árbitro poderá autorizar a apresentação de outros documentos, provas e manifestações em circunstâncias excepcionais, na extensão necessária à garantia do contraditório e ampla defesa.”

35 Cláusula 6.3 do ACC.

36 Cláusula 6.9 do ACC.

37 Aprovado, por maioria, nos termos do voto da Conselheira Relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Vencido o Conselheiro João Paulo Resende, que votou pela reprovação da operação.

38 Conforme consignou o voto condutor da Conselheira Relatora Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt.

As condições apresentadas pelos árbitros seriam consideradas “finais e irrecorríveis”. Caso a M&G Brasil, mesmo assim, não aceitasse as condições da decisão arbitral, o Grupo Petromex estaria liberado das obrigações do ACC, e a operação seria considerada, por fim, aprovada e consumada.³⁹

Nota-se que este ACC foge à regra dos demais, pois é dirigido a uma relação específica e determinada, envolvendo M&G Brasil, que atuou como terceira interessada. Novamente, o Cade retorna à fórmula de arbitramento (reduzindo o escopo do procedimento à determinação de preços e volume), apesar de destacar expressamente a irrecorribilidade da decisão arbitral. Por fim, é interessante notar que neste ACC não está presente a cláusula de não vinculação do Cade à decisão arbitral, dado seu caráter atípico, uma vez que o ACC já foi construído com a participação do terceiro interessado, a quem se destina a arbitragem e que previamente formalizou sua anuência.

Os ACCs trazidos acima apontam no sentido de que o Cade vem expandindo, paulatinamente, a arbitrabilidade do direito concorrencial, uma vez que a autoridade antitruste delega ao tribunal arbitral a solução de eventuais controvérsias relacionadas à contratação com terceiros. Embora os ACCs estabeleçam um escopo limitado da controvérsia a ser solucionada (quase sempre adstrita à verificação da ocorrência ou não de discriminação), parece claro que existe um caráter concorrencial nas demandas que serão levadas à arbitragem.

Por outro lado, é interessante notar que o Cade sempre estabelece a sua não vinculação à decisão arbitral. Assim, embora possa se inferir a existência de um dever de deferência da autoridade antitruste à decisão arbitral, o Cade tem optado por reservar para si a possibilidade de reanalisar as decisões arbitrais.

3. ORDEM PÚBLICA E DIREITO CONCORRENCIAL

3.1 A noção de ordem pública

Como visto anteriormente, o entendimento de que as normas de direito concorrencial integram a ordem pública estatal suscita discussões relacionadas à própria arbitrabilidade da matéria. A presente seção buscará delimitar a relevância do conceito de ordem pública para a arbitragem, e explicitar como as questões de ordem pública ligadas ao direito concorrencial podem ser suscitadas e endereçadas no âmbito arbitral, quer se trate de arbitragem doméstica ou internacional.

Diversas normas de direito interno e internacional, relacionadas ao instituto da arbitragem, dispõem acerca da ordem pública. Assim, a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) dispõe que a escolha das regras de direito aplicáveis à arbitragem não poderá violar os bons costumes e a *ordem pública* (art. 2º, § 1º). Já o Código Civil, em seus arts. 122 e 2.036, parágrafo único, estabelece que as disposições privadas que violem a ordem pública serão consideradas ilícitas.

A seu turno, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/1942) determina que leis, atos e sentenças de outros países, que ofendam a soberania nacional e a ordem pública interna, não terão eficácia no Brasil.⁴⁰ Já a Lei de Arbitragem estabelece que a homologação

39 Cláusula 5.2 do ACC.

40 Decreto-lei nº 4.657/1942, art. 17: “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.” (BRASIL, 1942).

de sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) será denegada caso haja constatação de ofensa à *ordem pública nacional*.⁴¹

A recusa do recebimento e execução de sentenças e laudos estrangeiros que violem a ordem pública interna é princípio que encontra previsão também na Convenção de Nova Iorque, de 1958, e na Lei Modelo da UNCITRAL, de 1985, estando também disseminado em diversos sistemas jurídicos, o que levou, inclusive, ao desenvolvimento do conceito mais restrito de *ordem pública internacional*, que abrange princípios mais universais.⁴²

A dificuldade de conceituação da ordem pública é há muito destacada pela doutrina. Assim, conforme Gomes (1979, p. 185-186), pode-se definir ordem pública como “os princípios que traduzem os interesses fundamentais da sociedade relativos à sua ordem econômica e política”. Daí porque todo contrato em oposição a esses princípios não pode ser válido, podendo se equiparar à desobediência de uma norma imperativa (GOMES, 1979, p. 185).

Já nas palavras de Grau (2007, p. 58), a *ordem pública* se refere ao “conjunto de normas cogentes, imperativas, que prevalece sobre o universo das normas dispositivas, de direito privado”. A seu turno, abrangido por esse conceito, a *ordem pública econômica* consiste no “conjunto das medidas, empreendidas pelo poder público, tendentes a organizar as relações econômicas” (GRAU, 2007, p. 59).

Nessa toada, como já destacado anteriormente, as leis de defesa da concorrência são entendidas como normas de ordem pública (especificamente, ordem pública econômica), porquanto impactam sobre o universo das relações jurídicas privadas, de modo impositivo, condicionando a atuação dos agentes econômicos no mercado.

Por essa razão, como visto anteriormente, não se admite a arbitragem de aspectos de direito concorrencial tidos como indisponíveis. Assim, a competência administrativa e criminal é sempre reservada às autoridades públicas. Tal aspecto, no campo da ordem pública, é o que se convencionou chamar, nos Estados Unidos, de *Second Look Doctrine*, ou seja, caberá ao Estado dar a última palavra acerca da matéria antitruste não estritamente privada.

O fato do Estado reservar para si determinadas competências (relacionadas a direitos indisponíveis) não significa que o tribunal arbitral deverá ignorar as normas de ordem pública (leia-se as normas concorrenciais). Isso porque, como normas de ordem pública, que condicionam a autonomia privada, podem eventualmente incidir na matéria arbitrada, implicando – possivelmente – sua ne-

41 Lei nº 9.307/1996, art. 39, inciso II: “Art. 39. A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que: (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015) [...]”

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.” (BRASIL, 1996).

42 “O conceito de ordem pública (*‘order public’*) está enraizado, senão em todos, na maioria dos sistemas jurídicos. Violação da ordem pública do Estado é motivo para recusar o reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais estrangeiros. O princípio está estampado no Artigo V.2 da Convenção de Nova Iorque de junho de 1958 e no Artigo 36 da Lei Modelo da UNCITRAL recomendada pela Assembléia das Nações Unidas em 11 de dezembro de 1985. A esse respeito, alguns legislativos e tribunais decidiram que um conceito mais restrito de ordem pública deveria ser aplicado aos laudos arbitrais internacionais. Esse conceito restrito é normalmente referido como *‘ordem pública internacional’*. O termo *‘ordem pública internacional’*, entretanto, é utilizado às vezes com outro sentido, significando um consenso internacional acerca de *standards* universais e normas de conduta aceitas como aplicáveis em todos os foros. (...)” (ICSID Case nº ARB/00/7, §§ 138-139 apud MENDES, 2010, p. 45-46).

cessária consideração pelos árbitros.

3.2 Questões de ordem pública do direito concorrencial e suas diferentes graduações

Enxergar o direito concorrencial como uma disciplina de ordem pública implica o potencial surgimento de diferentes questões práticas no âmbito da arbitragem. Isso porque uma sentença arbitral que, imaginemos, desconsidera flagrante questão de violação à ordem pública, como uma regra concorrencial, pode tornar a sentença arbitral suscetível de questionamento e invalidação, gerando insegurança jurídica às partes. Como visto, foi o que ocorreu no caso europeu *Eco Swiss v. Benetton*, no qual o tribunal arbitral deixou de considerar nulidade relativa a um contrato de licenciamento de marca.⁴³

Além disso, o caso *Mitsubishi v. Soler Chrysler-Plymouth* ilustra que o levantamento de questões de ordem pública relativas ao direito concorrencial pode ser tido como uma estratégia de defesa, seja para arguir a nulidade de um contrato que não se quer cumprir, seja para alegar a não arbitrabilidade da própria disputa.⁴⁴

Nessa esteira, percebe-se que o direito concorrencial é uma disciplina cujo escopo de aplicação é amplo, abrangendo desde o controle de estruturas ao controle de condutas, aspecto que poderia, dadas as diferentes possibilidades de controvérsias e de estratégias de litigância, resultar no alargamento demasiado – e até mesmo indesejado – da arbitragem. Nesse sentido, como deve proceder o tribunal arbitral?

Parece-nos que a resposta a essa pergunta depende primordialmente da questão concorrencial que emerge da controvérsia. A questão de ordem pública, relativa ao direito concorrencial, nem sempre será clara, de modo que poderá demandar diferentes graus de profundidade de análise pelos árbitros.

No controle de condutas⁴⁵ tem-se, de um lado, determinadas condutas caracterizadas como *ilícitas por objeto*, sendo o exemplo mais grave a prática de cartel.⁴⁶ Pode-se afirmar que condutas desse tipo são, geralmente, de mais fácil identificação, uma vez que se exige apenas a comprovação da prática. Por outro lado, determinadas condutas anticompetitivas são entendidas como *ilícitas por efeitos*, uma vez que demandam um exame dos efeitos, concretos ou potenciais, sobre o ambiente

43 Referido contrato de licenciamento de marca era considerado nulo (ilícito por objeto), uma vez que não gozava de isenção antitruste à luz da Regulação 240/96 da União Europeia, então vigente, que estabelecia o bloco de isenções antitruste para contratos de transferência de tecnologia (cf. WHISH; BAILEY, 2012, p. 326).

44 Conforme destaca Mendes (2010, p. 42): “Em sua defesa e reconvenção (*counterclaim*), a *Soler Chrysler* alegou que a *Mitsubishi* e a *Chrysler* fizeram um acordo para restringir o comércio. Como consequência, proibiram a *Soler Chrysler* de revender os automóveis para compradores na América do Norte, Central e do Sul. Além disso, teriam se recusado a remeter as peças necessárias para adaptação dos automóveis ao mercado porto-riquenho, e tentaram substituir a *Soler Chrysler* por uma de suas subsidiárias. Essas alegações configurariam violação ao *Sherman Act* e, dessa forma, não poderiam ser submetidas à arbitragem.”

45 Lei nº 12.529/2011, art. 36 (BRASIL, 2011).

46 Conforme a jurisprudência consolidada do Cade, bem como em jurisdições como União Europeia e Estados Unidos, onde é tratado como ilícito *per se*.

concorrencial (análise referida pelo antitruste nos Estados Unidos como *regra da razão*). Esse tipo de análise, via de regra, demanda uma análise aprofundada acerca das condições de concorrência, e pode envolver inclusive produção de prova econômica. Ou seja, tem-se duas modalidades de conduta com padrões probatórios distintos.

Já no âmbito do controle de estruturas⁴⁷ há determinados negócios cuja subsunção aos critérios de notificação obrigatória é cristalina; por outro lado, em algumas situações, nem sempre é clara a subsunção aos critérios, seja em razão da natureza do negócio (e.g., contratos associativos⁴⁸), seja da caracterização do grupo econômico,⁴⁹ o que pode exigir uma análise mais refinada.

A depender de cada situação, as consequências também poderão revelar-se claras. Por exemplo, será nulo um negócio cujo objeto envolver um acordo anticompetitivo (e.g., um cartel);⁵⁰ poderá ser declarada nula uma operação consumada antes da notificação ao Cade;⁵¹ e poderá ser considerada ilícita uma cláusula (ou conduta) frontalmente contrária à jurisprudência consolidada do Cade.⁵² Por outro lado, é possível que a licitude de determinada questão sob o ponto de vista concorrencial, à primeira vista, não esteja tão clara, demandando uma análise aprofundada por parte do tribunal arbitral. Nessa hipótese, o aprofundamento da análise pode exigir, por exemplo, a verificação de posição dominante, o funcionamento do mercado relevante e as condições de concorrência, como rivalidade, barreiras à entrada, dentre outras.

Dessa forma, constata-se que as questões de ordem pública relativas ao direito concorrencial podem surgir em diferentes gradações de complexidade e clareza (quer se trate, por exemplo, de ilícito por objeto ou por efeitos; quer se trate de um ato de concentração que se alinha, claramen-

47 Lei nº 12.529/2011, arts. 88 e 90.

48 Para caracterização de contrato associativo, conforme a Resolução Cade nº 17/2016, dentre outros requisitos, há a necessidade de existência de “empreendimento comum para exploração de atividade econômica”, bem como “compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica”. Nem sempre a identificação dos referidos requisitos é clara, o que tem levado muitos agentes econômicos, por cautela, à notificação das operações.

49 A Resolução Cade nº 2/2012 disciplina a notificação dos atos de concentração, estabelecendo, para tanto, aquilo que se considera grupo econômico, para fins de cálculo do faturamento (art. 88 da Lei nº 12.529/2011). Vale notar, a noção de controle no direito concorrencial é mais ampla que na Lei das S/A. A Lei nº 6.404/1976 não prevê o controle externo (*ab extra*) e o interno administrativo ou gerencial (conforme arts. 116 e 243, § 2º). O controle externo (ou contratual, não societário) é exercido “mais de fato do que de direito”, podendo derivar de diferentes situações, como a dependência do comprador, uma situação de endividamento, dentre outras (COMPARATO; SALOMÃO FILHO, 2014, p. 71-85). Para exemplos de discussões, vide AC nº 08012.006653/2010-55 (situação de dependência externa) e AC nº 08700.000180/2020-04 (controle de fato exercido por gestor de fundo de investimento).

50 Código Civil, art. 166, II e III (BRASIL, 2002).

51 Lei nº 12.529/2011, art. 88, § 3º e Resolução Cade nº 24/2019, arts. 9º, III, e 12, II, “b”.

52 Um exemplo claro nesse sentido, por exemplo, seria uma cláusula de não concorrência contrária à jurisprudência consolidada do Cade (ver, nesse sentido, BRASIL, 2016, p. 55-56). Entretanto, existe também uma jurisprudência formada em mercados/contextos específicos, por exemplo, a jurisprudência formada a partir dos contratos de licenciamento de biotecnologia de soja transgênica notificados pela Monsanto, que continham cláusulas que criavam uma situação de dependência econômica (tendentes à exclusividade) em relação aos licenciados. O Cade impôs a remoção das referidas cláusulas nos ACs de nº 08012.002870/2012-38 (Monsanto/Syngenta), 08012.006706/2012-08 (Monsanto/Nidera), 08700.003898/2012-34 (Monsanto/COODETEC) e 08700.003937/2012-01 (Monsanto/Don Mario), julgados em 29.08.2013, e no AC nº 08700.004957/2013-72 (Monsanto/Bayer), julgado em 22.01.2014. Após os referidos julgamentos, a Monsanto notificou ao menos 5 (cinco) novos contratos semelhantes sem as referidas cláusulas, os quais foram aprovados (AC nº 08700.008301/2014-00, nº 08700.008857/2014-04 e nº 08700.001226/2015-37) e não conhecidos (AC nº 08700.004282/2016-12 e nº 08700.004963/2016-72), sempre tendo em vista a inexistência das cláusulas vedadas.

te ou não, aos critérios de notificação e à jurisprudência da autoridade).

Parece-nos que caberá às partes avaliarem e concordarem – se possível antes ou logo no início do procedimento – quanto à inclusão de questões concorrenciais no escopo da arbitragem, a depender de como se evidenciem. Os próprios árbitros podem apontar às partes a possível existência de questões antitrustes a serem enfrentadas. O risco à segurança jurídica da decisão arbitral será tão maior quanto mais evidente é a questão de ordem pública concorrencial, o que aumentará a importância de ser abordada pelos árbitros na sentença arbitral, como analisaremos na seção 4.1 abaixo.

3.3 Ordem pública, direito concorrencial e aspectos internacionais

Algumas questões particulares de ordem pública podem surgir, seja em razão da *extraterritorialidade* das leis antitruste (o que pode suscitar, inclusive, conflitos de jurisdição), seja em razão da arbitragem possibilitar a escolha, pelos particulares, da *sede da arbitragem* e da *lei aplicável* ao mérito da disputa e ao procedimento arbitral. Assim, cumpre analisar, brevemente, os reflexos desses institutos sobre possíveis e eventuais questões de ordem pública em matéria concorrencial.

Como sabido, a Lei nº 12.529/2011 possui aplicação extraterritorial, ou seja, aplica-se às práticas ocorridas no exterior, que produzam ou possam produzir efeitos no território brasileiro (art. 2º, *caput*). Assim, basta que atos praticados no exterior possam causar efeitos no Brasil, para que seja atraída a jurisdição brasileira. É o que ocorre, por exemplo, no caso de cartéis internacionais que afetam produtos exportados ao Brasil, ou atos de concentração envolvendo grupo econômico com atuação no Brasil.⁵³

Nessa perspectiva, a primeira questão que surge diz respeito à homologação de decisões arbitrais estrangeiras, cuja eficácia no Brasil, como visto, é condicionada à homologação pelo STJ,⁵⁴ e poderá ser denegada, nos termos do art. 39 da Lei de Arbitragem brasileira, caso (i) o objeto da disputa não seja suscetível de ser resolvido por arbitragem (inciso I), ou (ii) a decisão arbitral ofenda a ordem pública nacional (inciso II).

Quanto ao primeiro aspecto, já apontamos que não serão arbitráveis os direitos indisponíveis, como aqueles cuja tutela é de exclusiva competência administrativa e criminal da jurisdição brasileira. Assim, é admissível a denegação da decisão arbitral estrangeira que tenha se imiscuído a resolver aspectos relacionados à competência administrativa e criminal das autoridades estatais brasileiras.⁵⁵

Quanto ao segundo aspecto, indaga-se: uma hipotética decisão arbitral proferida no exterior, cuja relação jurídica produz efeitos concorrenciais no Brasil, e que desconsidera (ou, pelo menos,

53 Para uma exposição acerca dos conflitos de jurisdições no direito antitruste, v. Forgioni (2018, p. 448-451).

54 A competência do STJ para homologação de sentenças estrangeiras decorre da Constituição Federal (art. 105, I, “i”) (BRASIL, 1988), sendo regulamentada pelo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015, arts. 960 a 965) (BRASIL, 2015a) e pelo Regimento Interno do STJ (arts. 216-A a 216-N) (BRASIL, 2020).

55 Cf., em sentido semelhante, Forgioni (2018, p. 452): “[a]ssim, o Superior Tribunal de Justiça estaria autorizado a proferir decisão idêntica àquelas muitas vezes emanadas por outras cortes, recusando o cumprimento de ordens judiciais estrangeiras sobre questões antitruste”.

não endereça adequadamente) questão de ordem pública interna de matéria concorrencial, deve ter sua homologação denegada pelo STJ?

Como já apontado, a noção de “ordem pública” é bastante ampla. Assim, a nosso ver, a legislação parece exigir que haja uma *manifesta* violação à ordem pública capaz de ensejar a denegação da homologação.⁵⁶ No procedimento de homologação perante o STJ, a ofensa à ordem pública nacional poderá ser arguida em sede de contestação pela parte interessada.⁵⁷ Portanto, a nosso ver, podem ser considerados exemplos de manifesta ofensa à ordem pública, no mínimo, eventual acordo que configure ilícito por objeto perante o direito concorrencial brasileiro, ou, ainda, operação que claramente se subsumia aos critérios de notificação obrigatória.

Outra situação, discutida pela doutrina, decorre do *conflito positivo de jurisdição*. Como leciona Forgioni (2018, p. 449-450), é o que acontece, em geral, com os chamados “cartéis de exportação”, que podem ser admitidos (por possuir *imunidade antitruste*) em determinado país exportador, porém causar efeitos no país importador, configurando evidente ilícito concorrencial. Em casos como esse, mesmo que haja o reconhecimento da licitude da prática no país de origem, reputa-se inadmissível a homologação de decisão arbitral estrangeira pelo Brasil, uma vez que o cartel configura grave ilícito à luz da legislação concorrencial nacional.⁵⁸

Outro aspecto ligado à arbitragem internacional, conforme indicado, é a possibilidade de as partes escolherem a sede da arbitragem, bem como o direito aplicável à disputa e ao procedimento arbitral. Conforme leciona Baptista (2011, p. 64), na arbitragem de caráter internacional realizada entre particulares, a arbitragem será regida “pelo direito de algum Estado ou por normas adotadas pelas partes que não se choquem com as disposições da ordem pública internacional ou interna”.

Mesmo que as partes adotem como lei aplicável o direito de um país cuja legislação antitruste seja considerada mais permissiva, tal escolha não será capaz, por si só, de afastar as normas de ordem pública nacional, caso a relação jurídica tenha potencial de produzir ou produza concretamente efeitos no Brasil, em decorrência da aplicação extraterritorial com base no critério de efeitos estabelecido em nossa Lei concorrencial (Lei nº 12.529/2011, art. 2º, *caput*).

Por outro lado, é interessante notar que a lei federal de direito internacional privado da Suíça, de 18.12.1987, país cuja legislação é reputada como uma das mais amigáveis à arbitragem comercial internacional, prevê que eventual disputa envolvendo restrição concorrencial deverá aplicar a legislação do Estado cujo mercado é afetado: “*Les prétentions fondées sur une entrave à la concurrence sont régies par le droit de l’État sur le marché duquel l’entrave produit directement ses effets sur le lésé*” (art. 137) (SUÍÇA, 1987).

56 É interessante notar, *mutatis mutandis*, que o legislador adotou sistemática semelhante, quando tratou da “homologação de decisão estrangeira” no Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), exigindo que não haja “manifesta violação à ordem pública” (art. 963, VI) (BRASIL, 2015a).

57 Regimento Interno do STJ, art. 216 H (BRASIL, 2020).

58 Conforme leciona Forgioni (2018, p. 449-450), é ilustrativo o caso conhecido como cartel dos relógios suíços, bastante referido pela doutrina. Os exportadores de relógios suíços realizaram acordo de não concorrência para exportar seus relógios aos Estados Unidos. Entretanto, o julgado da Corte de Nova York (*United States v. The Watchmakers of Switzerland*), considerando a extraterritorialidade do *Sherman Act*, aplicou a legislação estadunidense, para tornar sem efeito os acordos entre empresas suíças e distribuidores dos Estados Unidos.

Por último, cumpre tecer breves palavras sobre aspecto bastante discutido na doutrina de direito internacional privado, com influência direta sobre a resolução de disputas internacionais. A literatura aponta a distinção entre as normas de ordem pública e as *normas de aplicação imediata* (leis de polícia). Nesse sentido, as últimas são definidas, conforme Araújo (2009, p. 39), como “aquelas cujo conjunto é considerado como do domínio de regulamentação estatal e que por todos deve ser seguido, para salvaguardar a ordem política, social ou econômica do país”. Existe, portanto, uma sutil distinção entre ambos os conceitos, na disciplina do conflito de leis no espaço. Em síntese, *as normas de direito concorrencial também são caracterizadas como normas de aplicação imediata*.⁵⁹

Enquanto a ordem pública opera como “forma de exceção *a posteriori*”, as normas de aplicação imediata aplicam-se preliminarmente, bastando a constatação, pelo juiz ou árbitro, de que a *lex fori* possui tamanha relevância sobre os interesses em causa que o método clássico de solução de conflitos de leis no espaço não deve ser considerado (ARAÚJO, 2009, p. 39).⁶⁰ Nesse sentido, em eventual conflito entre o regime concorrencial do foro do litígio e o direito estrangeiro (incluindo o regime concorrencial estrangeiro), deverá prevalecer o primeiro, como verdadeira norma de aplicação imediata, sem que se recorra ao método de solução de conflito de leis no espaço.⁶¹

4. DIREITO CONCORRENCIAL, CONFIDENCIALIDADE E ATUAÇÃO DOS ÁRBITROS

Para a garantia de um julgamento justo e eficaz, os árbitros são peça-chave no procedimento arbitral. Eles devem julgar os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis em consonância com as regras da lei aplicável. De acordo com a Lei nº 9.307/1996, as partes podem escolher as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não viole os bons costumes e a ordem pública.⁶²

59 Em sentido semelhante, veja-se Rechsteiner (2010, p. 42-43, grifo nosso): “Cada país reconhece, no seu ordenamento jurídico, normas de direito público que reivindicam a sua aplicação imediata, por força de seu conteúdo imperativo e cogente, independentemente do direito aplicável a uma relação jurídica de direito privado com conexão internacional. Na doutrina, tais normas são denominadas leis de aplicação imediata [...]”; “Cumprir observar que os Estados limitam o exercício e o gozo dos direitos civis quando o interesse público é tangido. A propriedade privada, p. ex., por encargos públicos, a liberdade de contratar, p. ex., por proibições de importar e exportar determinadas mercadorias, e de transacionar em moeda estrangeira, pelas normas que regulamentam o direito de concorrência entre empresas, bem como por normas específicas protegendo o consumidor [...]”.

60 Vale destacar, no Brasil, a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro menciona apenas “ordem pública”, razão pela qual a distinção entre os conceitos de ordem pública e regras de aplicação imediata parece não fazer parte do dia a dia dos tribunais brasileiros (ARAÚJO, 2009, p. 39).

61 Discutindo a influência do direito público no direito internacional privado, veja-se Rechsteiner (2010, p. 42-43): “Assim, se for aplicável o direito doméstico a uma relação jurídica de direito privado com conexão internacional, conforme as normas do direito internacional privado da *lex fori*, o juiz, automaticamente, leva em consideração todas as normas de direito público aplicáveis ao caso concreto. Aqui não surge qualquer dificuldade quanto às normas de aplicação imediata, já que o direito aplicável coincide com o ordenamento jurídico ao qual tais normas estão vinculadas.”; “Diferente é a situação quando, conforme as normas do direito internacional privado da *lex fori*, tem aplicação um determinado direito estrangeiro. Nesse caso, as leis de aplicação imediata do direito doméstico são imediatamente aplicáveis, pois, em virtude de seu caráter imperativo e cogente, reprimem a aplicação do direito estrangeiro; por esse motivo não é necessário verificar o seu conteúdo.”

62 Lei nº 9.307/1996, art. 2º, § 1º: “Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.” (BRASIL, 1996).

Para disciplinas, como o direito concorrencial, que constituem normas de ordem pública, entendia-se, inicialmente, como já exposto neste trabalho, que os árbitros não podiam se manifestar e deveriam encaminhar o litígio para a resolução pelo Poder Judiciário. Hoje, entende-se, que o árbitro não só pode se manifestar quando o litígio envolver direta ou indiretamente matéria de ordem pública, como também deve aplicá-la.

A questão atual que se coloca sobre a aplicação de norma de ordem pública é se os árbitros podem abordar questões concorrenciais *ex officio* ou somente mediante provocação das partes. E, ademais, se eles teriam o dever de informar atos ilícitos à autoridade concorrencial.

Os árbitros possuem deveres legais fundamentais que, caso descumpridos, podem comprometer a confiança das partes em seu labor e a validade da decisão. Nos termos da Lei nº 9.307/1996, “pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes”.⁶³ A capacidade exigida por lei é a de fato e de direito para exercer os atos da vida civil, já o requisito da confiabilidade das partes é um conceito jurídico mais amplo, materializado pela doutrina como a honestidade e probidade do árbitro, em conjunto com a sua capacidade de julgar sem influências externas e interesses no resultado do litígio.⁶⁴

Além destes requisitos, o árbitro possui os deveres de atuação estabelecidos no art. 13, §6º,⁶⁵ da Lei nº 9.307/1996, como de imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção.⁶⁶ Nota-se, desde já, que a legislação brasileira não prevê a confidencialidade como um requisito obrigatório para os procedimentos arbitrais, mas institui, como um dos deveres do árbitro, o de discricção. Este dever se refere à postura exigida do árbitro de não se manifestar em público sobre circunstâncias que possam revelar a existência do litígio ou das partes. Assim, conforme Carmona (2009, p. 246), “[u]ma coisa é a sobriedade do árbitro, de quem se espera comportamento discreto; outra, bem diversa, é o sigilo”.

A confidencialidade, apesar de não ser um requisito legal obrigatório para a arbitragem, tende a ser prevista em diversos regulamentos de instituições arbitrais.⁶⁷ A possibilidade de pactuá-la em observância ao princípio da autonomia da vontade das partes é reconhecida como uma das vantagens da arbitragem. A confidencialidade é considerada um elemento importante da arbitragem por 87% dos participantes do mercado, segundo a pesquisa da Universidade de Queen Mary (2018, p. 27).

63 Lei nº 9.307/1996: “Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.” (BRASIL, 1996).

64 Conforme o ensinamento de Lemes (2013, p. 233): “a confiança da parte no árbitro, na dicção da lei, tem duas ópticas de análise. A primeira, intrínseca, significa que o árbitro deve ser pessoa de bem, honesta e proba. É o que se denomina de probidade arbitral. A honorabilidade de uma pessoa para ser indicada como árbitro representa a sua idoneidade legal para o exercício da função. A segunda, extrínseca, representa a certeza de ser pessoa capaz de exarar decisão sem se deixar influenciar por elementos estranhos e que não tenha interesse no litígio”.

65 Lei nº 9.307/1996: “Art. 13. [...] § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção [...]” (BRASIL, 1996).

66 Sobre a conceituação de cada dever, v. Carmona (2009, p. 239-246).

67 A título de exemplo, as seguintes instituições arbitrais estabelecem a confidencialidade em seus Regulamentos de Arbitragem: o Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) no art. 14.1; a Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – Brasil (CAMARB) no art. 13.1; e o Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem (CBMA) no art. 17.1.

Apesar de a confidencialidade ser considerada importante pela vasta maioria dos participantes do mercado, outra relevante discussão atual é sobre a possibilidade de mitigá-la em benefício de maior transparência com a publicidade de certos atos, por exemplo. Sem pretensão de exaurir as discussões, mas tão somente com o objetivo de compreender os passos que a matéria está caminhando, passa-se às breves análises dos questionamentos acima suscitados.

4.1 A aplicação das questões concorrenciais pelo árbitro pode ser feita *ex officio* ou somente mediante provocação das partes?

A obrigação do árbitro de aplicar questão de ordem pública do direito concursal sempre que as partes suscitarem fatos que a envolvam nos parece um entendimento consolidado na doutrina, pois, caso uma sentença arbitral viole a ordem pública, poderá ser questionada em juízo estatal. A questão que merece maior digressão é a possibilidade, ou até mesmo o dever, do árbitro aplicar a matéria de ordem pública *ex officio*, sem que nenhuma das partes tenha trazido à baila qualquer questionamento que a envolva. Esta indagação não é simples e, para compreendê-la em sua profundidade, precisamos ponderar princípios essenciais para a arbitragem, como o da autonomia da vontade das partes, da isonomia processual e da obediência à ordem pública.

O princípio da autonomia da vontade das partes é prestigiado “em grau máximo e de modo expresso” pela arbitragem (CARMONA, p. 2009, p. 15). As partes possuem ampla liberdade na escolha da lei material e processual aplicável e o árbitro está vinculado ao escopo determinado pelas partes dentro da cláusula compromissória. O árbitro não possui competência para julgar litígios que não estejam abrangidos pela cláusula compromissória, assim como não pode proferir sentença que ultrapasse os pedidos feitos pelas partes, sob pena da parte prejudicada ter fundamento para pleitear o pedido de anulação no Poder Judiciário.⁶⁸

A atividade do árbitro e sua relação com as partes inicia-se por um contrato, mas torna-se jurisdicional em todo o procedimento.⁶⁹ Considerando que a arbitragem e a atividade do árbitro possuem natureza jurídica híbrida, o princípio da autonomia da vontade pode ser relativizado pela obediência à ordem pública, tendo em vista que o árbitro deverá julgar o litígio em conformidade com o ordenamento jurídico para que a sentença seja executável. Da mesma forma, por outro lado, se as partes expressamente solicitam que o árbitro desconsidere o direito concursal para a apreciação de uma questão litigiosa, entende-se que o árbitro deve se recusar a cumprir essa solicitação (OECD, 2011, p. 12).

68 Nesse sentido: “*It is undisputed that arbitration tribunals can neither deal with disputes not submitted to them nor can their award go beyond the relief requested by the parties. The excess of jurisdiction constitutes a ground to challenge the award and refuse enforcement under the various national laws, as well as under Article V(1)(c) New York Convention*” (LEW; MISTELIS; KRÖLL, 2003, p. 488 et seq.).

69 A natureza jurídica da arbitragem e, conseqüentemente, da atuação do árbitro já foi bastante debatida na doutrina interna e internacional, sendo possível destacar três principais linhas de pensamento: (i) a contratualista, que ressalta o aspecto de existir um contrato inicial celebrado entre as partes e o árbitro, com o intuito de que este resolva as controvérsias em comento; (ii) a jurisdicional, que atribui a definição de natureza jurídica da arbitragem ao critério da atividade de julgar do árbitro; e (iii) a híbrida, que busca conciliar os anteriores. A natureza híbrida, atualmente, é considerada como a mais adequada para a arbitragem por sintetizar que a arbitragem é contratual em sua origem, mas jurisdicional durante todo o procedimento. Como ensina Carmona (2009, p. 27): “o fato que ninguém nega é que a arbitragem, embora tenha origem contratual, desenvolve-se com a garantia do devido processo e termina com ato que tende a assumir a mesma função da sentença judicial”.

Outra consequência que dificulta a atuação dos árbitros e que deve ser ponderada no caso concreto em relação à aplicação *ex officio* do direito concorrencial é a possibilidade de o árbitro favorecer no resultado uma das partes com esta aplicação. Isso poderia ser contestado pela parte prejudicada com a alegação de violação ao princípio da isonomia processual que o árbitro deve ter perante as partes.

Nesse sentido, o árbitro deverá ponderar todos os princípios e suas consequências para que a sentença seja executável, devendo analisar a possibilidade de aplicação *ex officio* do direito concorrencial *in casu* e com extrema cautela. Parece-nos que questões de ordem pública flagrantes (ou aquelas que “saltam aos olhos”) devem ser apontadas *ex officio* pelos árbitros. Por outro lado, as situações que demandem uma análise aprofundada deverão ser objeto de ponderação. A esse respeito, apontamos, na seção 3.2 acima, que questões concorrenciais de ordem pública podem surgir em diferentes graus de profundidade e complexidade, cujo exame nem sempre será trivial.

Com o intuito de guiar a atuação do árbitro, um parâmetro que pode ser indicado para a ponderação dos princípios e consequente decisão no caso concreto é a análise dos fatos apresentados pelas partes. Se os fatos por elas apresentados apontarem para uma possível violação do direito concorrencial, mesmo que elas não o suscitem, o árbitro poderá aplicar *ex officio* (LEW; MISTELIS; KRÖLL, 2003, p. 488 et seq.).

4.2 Os árbitros possuem o dever de informar atos ilícitos/crimes à autoridade concorrencial? É possível flexibilizar a confidencialidade?

Embora a arbitragem esteja restrita ao *enforcement* privado, tratando somente das questões patrimoniais disponíveis, nem sempre o procedimento arbitral terá início somente após o término do processo na autoridade concorrencial, já que a análise administrativa e a cível são autônomas. Dessa forma, é desejável que haja interação entre os árbitros e a autoridade concorrencial. Caso as partes estejam de acordo, entende-se que a autoridade antitruste pode, inclusive, intervir no procedimento arbitral como *amicus curiae* para auxiliar com interpretações, documentos, pareceres, entre outros (OECD, p. 2011, p. 12).

A questão sensível que se coloca é se o árbitro possui o dever de informar atos ilícitos à autoridade concorrencial, se as partes não consentirem a interação do tribunal arbitral com a referida autoridade pública. Nesse caso, a decisão dos árbitros deve estar pautada na ponderação dos princípios essenciais da arbitragem, da mesma forma como apresentado anteriormente neste trabalho sobre a aplicação do direito concorrencial *ex officio*. Isso porque, por um lado, o princípio da autonomia da vontade das partes deve ser respeitado para a sentença ser executável; por outro, a falta de informações cruciais e a ausência da análise da autoridade concorrencial podem prejudicar a resolução adequada e justa do conflito dentro do ordenamento jurídico aplicável.

A questão se torna ainda mais complexa se for pactuada a confidencialidade do procedimento arbitral. É possível mitigá-la em benefício de maior transparência com o compartilhamento de informações com a autoridade antitruste? Nesse caso, em princípio, sem o consentimento das partes, entende-se que o árbitro não poderia compartilhar dados com a autoridade antitruste (OECD, 2011, p. 12). Além disso, se o compartilhamento de informações com a autoridade antitruste for requisitado

por uma das partes, o árbitro deve analisar, ainda, se a solicitação possui fundamento ou se é meramente protelatória.

Outro questionamento relevante é acerca da mitigação da confidencialidade para a publicação das sentenças arbitrais. Apesar de o sigilo ser considerado muito importante por participantes do mercado, como mencionado acima na pesquisa da Universidade de Queen Mary (2018), a total ausência de transparência também pode ser bastante prejudicial para o mercado por, muitas vezes, beneficiar os agentes com maior poder econômico⁷⁰ e por dificultar a previsibilidade que o mercado tanto necessita, principalmente quando houver decisões que apliquem matéria de ordem pública. A mitigação da confidencialidade para a publicidade de certos atos, como a parte dos fundamentos e do dispositivo da sentença arbitral sem a identificação das partes, pode contribuir para a formação de uma jurisprudência arbitral,⁷¹ que colaboraria bastante com o direito concorrencial.

5. CONCLUSÕES

O presente artigo expôs, brevemente, que a arbitrabilidade do direito concorrencial já é aceita no âmbito dos Estados Unidos e da União Europeia. No Brasil, entende-se que a arbitrabilidade do direito concorrencial se circunscreve ao direito patrimonial disponível das partes, o que pode envolver, por exemplo, a estipulação da reparação de danos por condutas anticompetitivas.

Não obstante, o exame dos ACCs firmados pelo Cade revela que a autoridade antitruste brasileira vem, cada vez mais, e com crescente grau de sofisticação, valendo-se do mecanismo de arbitragem para possibilitar, ao tribunal arbitral, a solução de controvérsias de caráter concorrencial, relacionadas, sobretudo, ao acesso por terceiro a determinado canal de distribuição ou infraestrutura incumbente em condições comerciais não discriminatórias. Referida experiência corrobora a tendência de expansão dos limites da arbitragem.

Traçado esse panorama, apontou-se que a relação entre direito concorrencial e arbitragem é mais complexa, especialmente quando estão envolvidas questões de ordem pública em matéria concorrencial, problemática central do presente trabalho, com relevantes reflexos para a confidencialidade do procedimento e atuação dos árbitros.

Assim, as questões concorrenciais de ordem pública podem surgir na arbitragem em diferentes graus de complexidade, demandando uma análise mais ou menos aprofundada, a depender

70 Nas palavras de Salomão Filho (2017, p. 63-69): “A ausência de transparência é frequentemente citada em estudos acadêmicos como um dos maiores responsáveis pelos altos custos sociais da arbitragem. Com efeito, falta de transparência pode ser sinônimo de denegação de justiça. A impossibilidade de ter acesso a uma jurisprudência arbitral consistente muitas vezes é responsável pelo benefício aos agentes com maior poder econômico.”

71 Sobre as vantagens de uma jurisprudência arbitral, ensina Frazão (2017): “Com efeito, a ausência de publicidade das decisões arbitrais impede ou dificulta a existência de uma jurisprudência arbitral, que poderia atender a diversos propósitos: (i) direito à informação por parte da coletividade, especialmente quando as controvérsias forem de interesse público ou tiverem repercussão sobre relevantes interesses de stakeholders; (ii) aprendizado coletivo e prevenção de futuros litígios; (iii) legitimidade social das decisões arbitrais, submetendo-as ao escrutínio público (social, acadêmico e profissional); (iv) segurança jurídica e previsibilidade; (v) consolidação de entendimentos que poderiam servir de diretrizes de comportamento em nível micro e macro (*lex mercatoria*); (vi) garantia de isonomia e segurança jurídica para partes e para terceiros; e (vii) estabelecimento de concorrência saudável entre as câmaras arbitrais a partir não apenas da reputação dos seus árbitros, mas sobretudo a partir da qualidade de suas decisões”.

do caso concreto. É possível que se esteja diante de um contrato que viola frontalmente o direito concorrencial (um ilícito por objeto, a exemplo do caso *Eco Swiss v. Benetton*, no âmbito do direito europeu). Por outro lado, determinadas questões somente poderão ser endereçadas após uma análise aprofundada (por exemplo, dos efeitos potenciais ou concretos da operação ou conduta), o que pode ser indesejado no âmbito de uma arbitragem.

Como destacado, uma questão de ordem pública flagrante e não endereçada pelo tribunal arbitral pode gerar insegurança jurídica às partes, uma vez que torna a decisão arbitral suscetível de questionamento judicial e possível anulação, em casos extremos. Mesmo as decisões arbitrais estrangeiras necessitam respeitar a ordem pública nacional como requisito para sua homologação pelo STJ.

A eventual mitigação da confidencialidade decorrente de questões concorrenciais necessita ser enxergada com cautela, uma vez que a arbitragem está fundada na autonomia privada das partes, e a confidencialidade constitui aspecto basilar do procedimento e um dos atrativos mais relevantes do instituto da arbitragem. Assim, a princípio, entende-se que deve haver o consentimento das partes para mitigação da confidencialidade.

Entende-se que, em geral, é desejável que os árbitros obtenham a autorização das partes para o endereçamento de questões concorrenciais de ordem pública, a depender do problema concorrencial identificado. Não obstante, questões concorrenciais de ordem pública podem ser suscitadas *ex officio* pelos árbitros, notadamente quando constituem manifesta ofensa à ordem pública.

6. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádía de. **Contratos Internacionais**: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BALL, Markham *et al.* **Competition and arbitration law**. Paris: ICC Publishing, 1993.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial e Internacional**. São Paulo: Magister, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília: Presidência da República, 1942.

BRASIL. **Lei nº 9.307/1996, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília: Presidência da República, 1996.

BRASIL. **Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001**. Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2001.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002.

BRASIL. **Lei nº 12.529/2011, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da Re-

pública, 2015a.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Ato de Concentração nº 08700.000344/2014-47**. Requerentes: Bromisa Industrial e Comercial Ltda. e ICL Brasil Ltda. Relatora: Conselheira Ana Frazão, julgado em 10 de dezembro de 2014.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14**. Requerentes: AT&T Inc. e Time Warner Inc. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 18 de outubro de 2017a.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Ato de Concentração nº 08700.004163/2017-32**. Requerentes: Petrotemex, S.A. de C.V. e Petróleo Brasileiro S.A. Relatora: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, julgado em 07 de fevereiro de 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Ato de Concentração nº 08700.004860/2016-11**. Requerentes: BM&FBOVESPA S.A. e CETIP S.A. Relatora: Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, julgado em 22 de março de 2017b.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65**. Requerentes: Rumo Logística Operadora Multimodal S/A e ALL – América Latina Logística S.A. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, julgado em 11 de fevereiro de 2015b.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília: Cade, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3odyZKo>. Acesso em: 14 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Regimento Interno**. Brasília: STJ, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/33X41MV>. Acesso em: 14 fev. 2021.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles; NEY, Rafael de Moura Rangel. Possibilidade de Aplicação de Normas do Direito Antitruste pelo Juízo Arbitral. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem Interna e Internacional**: Questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ESTADOS UNIDOS. Court of Appeals for the Second Circuit. **American Safety Equipment Corp. v. J. P. Maguire & Co., Inc.**, 391 F.2d 821, 20 mar. 1968. Disponível em: <https://bit.ly/2S3Xcq8>. Acesso em: 21 nov. 2020.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. **Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.**, No. 83-1569, 2 jul. 1986. Disponível em: <https://bit.ly/3wdiCAg>. Acesso em: 21 nov. 2020.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

FRAZÃO, Ana. Arbitragem, confidencialidade e transparência: perspectivas e desafios para a formação de uma jurisprudência arbitral. **Jota**, 1 nov. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3tWFYs6>. Acesso em: 10 fev. 2021.

FRAZÃO, Ana. Questões concorrenciais podem ser resolvidas pela arbitragem? Tema está a merecer um maior aprofundamento. **Jota**, 21 mar. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3olR1dg>. Acesso em: 24 nov. 2020.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

IDOT, Laurence. Arbitration and Competition. In: ORGANISATION FOR ECONOMICS CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Arbitration and Competition: Hearings: Note by the Secretariat**. DAF/COMP (2010)40. Paris: OECD, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3uT9y32>. Acesso em: 21 nov. 2020.

KOMNINOS, Assimakis. Arbitration and EU Competition Law. **SSRN Electronic Journal**, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3eVfLGm>. Acesso em: 9 fev. 2021.

LEMES, Selma Maria Ferreira. O dever de revelação do árbitro, o conceito de dúvida justificada quanto a sua independência e imparcialidade (art. 14, §1º, da Lei 9.307/1996) e a ação de anulação de sentença arbitral (art. 32, II, da Lei 9.307/1996). **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 36, 2013.

LEW, Julian David Mathew; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration**. Alphen aan den Rijn, Holanda: Kluwer Law International, 2003.

MEDRADO, Renê Guilherme S.; JIMENEZ, Lucas Moreira. Arbitragem e concorrência: um diálogo em evolução. In: VASCONCELOS, Ronaldo et al (org.). **Análise Prática das Câmaras Arbitrais e da Arbitragem no Brasil**. São Paulo: IASP, 2019.

MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. **Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transnacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ORGANISATION FOR ECONOMICS CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Arbitration and Competition 2010: Hearings. Note by the Secretariat**. DAF/COMP (2010)40. Paris: OECD, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3uT9y32>. Acesso em: 9 fev. 2021.

QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. **2018 International Arbitration Survey: The Evolution Of International Arbitration**. Londres: School of International Arbitration, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3olcX8u>. Acesso em: 21 nov. 2020.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Breves notas sobre transparência e publicidade na arbitragem societária. **Revista de arbitragem e mediação**. v. 14, n. 52, 2017.

SUÍÇA. Fedlex. **Loi fédérale sur le droit international privé**, du 18 décembre 1987. Disponível em: <https://bit.ly/3olVJ19>. Acesso em: 14 fev. 2021.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. Judgement of the Court of 1 June 1999. *Eco Swiss China Time Ltd v. Benetton International NV*. Case C-126/97. European Court Reports, 1999. Disponível em: <https://bit.ly/3ooXV1B>. Acesso em: 21 nov. 2020.

WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition law**. 7. ed. New York: Oxford University Press, 2012.

9

ACESSO A DOCUMENTOS DE ACORDOS DE LENIÊNCIA ANTITRUSTE PARA FINS DE PRIVATE ENFORCEMENT NO BRASIL E NA UNIÃO EUROPEIA

Access to Leniency related documents to promote private enforcement in Brazil and in the european union

Allan Fuezi Barbosa¹

João Otávio Bacchi Gutinieki²

RESUMO

O presente artigo discute o acesso a documentos derivados de acordos de leniência antitruste, para fins de propositura de ações de reparação de danos, a partir de uma comparação entre o regime jurídico de acesso a documentos brasileiro e da União Europeia. Para tanto, realiza-se o estudo das Ações de Reparação por Danos Concorrenciais no Brasil e do programa de leniência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, como também do regime jurídico aplicável aos documentos entregues à autoridade antitruste pelo beneficiário da leniência. Ademais, examina-se as ações de reparações de danos e do regulamento dos acordos de leniência no direito da União Europeia. Conclui-se que a dificuldade na comprovação a existência do cartel implica a maior recorrência de ações *follow-on*, de modo que a inversão do ônus da prova de danos deve ser aplicada, para além da necessidade de acesso a determinados documentos apresentados por signatários das leniências nas persecuções públicas.

Palavras-chave: Reparação de danos. Acordos de Leniência. Acesso a documentos. Direito Antitruste. Ônus da prova.

ABSTRACT

The paper aims to discuss access to documents derived from leniency agreements for the purpose of supporting private enforcement actions, relying on a comparison between the Brazilian and the

1 Mestre no perfil Direito e Economia pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com período na *Alma Mater Studiorum – Università di Bologna*. Investigador Associado ao Centro de Investigação de Direito Europeu, Econômico, Financeiro e Fiscal - CIDEEF. Participante do Comitê de Concorrência do IBRAC. Administrador. E-mail: allanfuezi@barbosa@gmail.com,

2 Mestrando em Direito Econômico e Financeiro na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP). Monitor do curso de especialização em Direito Econômico do FGV LAW – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP). Advogado. E-mail: joaogutinieki@hotmail.com

European Union legal regimes. Therefore, we analyze private enforcement actions in Brazil and the leniency program of the Brazilian antitrust authority, as well as the legal regime applicable to documents delivered to the antitrust authority by the leniency recipient. Moreover, we examine the damages actions and the regulation of leniency agreements in European Union law. We conclude that difficulty in proving the existence of cartel implies a greater attendance of follow-on actions, so that the reversion burden of proof is suitable as well as the access to leniency related documents in public enforcement.

Keywords: Private enforcement. Leniency agreements. Access to documents. Antitrust Law. Burden of proof.

Sumário: 1. Introdução. 2. O private enforcement no Brasil. 2.1. O programa de leniência brasileiro. 2.2. A confidencialidade (ou a publicidade) dos processos com leniência. 2.3. A Resolução nº 21/2018 e o acesso à documentação. 3. O private enforcement na União Europeia. 3.1. A leniência na União Europeia. 3.2. O acesso à documentação da Comissão em casos de leniência. 4. Considerações finais. Referências.

I. INTRODUÇÃO

A ação de reparação privada de danos na seara concorrencial (*private enforcement*) teve como um dos seus pilares históricos a legislação norte-americana do *Clayton Act*, de 1914, especificamente em sua *Section 4*, na qual há previsão do o chamado *treble-damage*³, que corresponde ao dever de indenizar em até o triplo do dano causado em decorrência de práticas anticoncorrenciais, de modo que as ações privadas dispõem de finalidade não apenas compensatória, mas punitiva. Essa previsão normativa secular e os altos retornos financeiros das ações acabaram por gerar uma tradição nos Estados Unidos do *private enforcement* em matéria concorrencial, que representam mais de noventa por cento dos processos, muitos dos quais com o objetivo de ressarcimento de danos particulares em práticas anticoncorrenciais (BERRISH; JORDAN; ROLDAN, 2004, p. 591-592).

Contudo, as realidades brasileira e da União Europeia são bastante diversas quanto a essa disciplina norte-americana, mormente diante do fato de não haver essa tradição nos referidos sistemas em análise. Em regra, as ações de reparação privada de danos concorrenciais (*private enforcement*) acabam por ser um sucedâneo (ação *follow-on*) dos processos públicos para a imposição de sanção por infração à ordem econômica (*public enforcement*), sobretudo em relação às práticas cartelistas, as quais são de difícil comprovação e condenação, e que se valem, na maioria das vezes, de mecanismos de consensualidade, como os acordos de leniência, para o alcance da finalidade do microsistema concorrencial.

3 Cf. § 4 Clayton Act, 15 U.S.C. § 15: “Except as provided in subsection (b) of this section, any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefor in any district court of the United States in the district in which the defendant resides or is found or has an agent, without respect to the amount in controversy, and shall recover threefold the damages by him sustained, and the cost of suit, including a reasonable attorney’s fee.[...]”. Em livre tradução, “Exceto conforme disposto na subseção (b) desta seção, qualquer pessoa que sofra danos em seus negócios ou propriedade, em razão de qualquer proibição prevista nas leis antitruste, pode processar o responsável em qualquer tribunal distrital dos Estados Unidos, no distrito em que o réu resida ou seja encontrado ou tenha mandatário, independentemente do valor em controvérsia, devendo o responsável ressarcir o triplo dos danos por ele sofridos e as custas do processo, incluindo honorários advocatícios razoáveis. [...]”.

Assim sendo, nos contextos em análise no presente artigo, para as condutas anticoncorrenciais de maior complexidade – como as cartelizações –, os agentes econômicos privados que foram lesados pela prática anticoncorrencial, em razão da sua baixa capacidade para a obtenção de provas relevantes da prática, acabam por se valer de um conjunto probatório do *public enforcement*, mormente daquelas persecuções públicas que têm no seu bojo a celebração de acordos de leniência. Esses, por sua vez, detêm mecanismos de proteção dos signatários, não somente pela concessão de benefícios, mas de sigilo de documentos e informações apresentadas.

Diante desse cenário, o presente artigo objetiva analisar de que modo, para a propositura de ação reparatória privada de danos concorrenciais nos sistemas brasileiro e da União Europeia, pode o agente lesado se valer do acesso de documentos de acordos de leniência em *public enforcement*, com vistas à comprovação dos requisitos necessários à verificação do dever de indenizar dos violadores da norma concorrenciais em questão.

2. O PRIVATE ENFORCEMENT NO BRASIL

No Brasil, a aplicação efetiva do Direito Antitruste tem um desenvolvimento recente, uma vez que o regime anterior à Constituição Federal de 1988 tinha uma prevalência de preços regulados, em uma economia planificada (BERCOVICI, 2006, p. 237-238), o que, por vezes, institucionalizava o falseamento do mercado (TAVARES, 2015, p. 1053-1055). Logo, apenas em 1994, com a edição da Lei nº 8.884, que estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, passou-se a ter *public enforcement* mais contundente no país (BRASIL, 1994).

Em matéria do *private enforcement*, a Lei de Defesa da Concorrência (LDC) – a Lei n. 12.529/2011 – prevê o direito de ação em seu artigo 47 (BRASIL, 2011). Ou seja, há a previsão legal, para a propositura de ação judicial pelo lesado, independentemente de inquérito ou processo administrativo no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), para a busca de reparação pelos danos sofridos por infrações à ordem econômica previstas no artigo 36, *caput*, da mencionada Lei.

Sob essa perspectiva, a Resolução do Cade n. 21/2018 (BRASIL, 2018), especialmente em seu artigo 12, concedeu um incentivo a uma cultura de reparação extrajudicial de danos, como vantagem aos representados que sofrerão penalidades, quando da comprovada reparação de danos, por via judicial ou extrajudicial, como circunstância atenuante no cálculo da contribuição pecuniária devida no Termo de Compromisso de Cessação (TCC) ou nas multas aplicadas conforme os artigos 37 e 38 da LDC.

Todavia, a despeito da possibilidade de propositura das ações de reparação de danos decorrentes de práticas anticoncorrenciais e até a sua reparação extrajudicial, o processo de obtenção de provas em condutas de alta complexidade – como o cartel (FORGIONI, 2015, p. 151) – gera um desincentivo à reparação privada, sob qualquer circunstância. Isso, porque a comprovação dos elementos configuradores da responsabilidade de reparar é bastante complicada, até mesmo para o *public enforcement*, o que não seria diferente para a hipótese das persecuções privadas. Afinal, os agentes econômicos se valem de meios para inviabilizar o acesso às provas das suas práticas, como a não formalização dos atos, a utilização de comunicação indireta, bem como o manejo de tecnologias de difícil interceptação etc.

Nesse contexto, a leniência pode ter um papel fundamental não apenas na persecução pública perante as autoridades de concorrência, mas como um importante meio de obtenção de provas para a utilização em ações de *private enforcement*, pelo que se torna necessário um breve panorama dessa figura no ordenamento jurídico brasileiro. Afinal, representa um meio de concessão de benefícios diretos, nos âmbitos administrativo e criminal, como também indiretos, em decorrência do receio de que outra pessoa física ou jurídica, anteriormente, firme um acordo dessa natureza (LESLIE, 2004, p. 641). Resta, portanto, saber como se estrutura esse instituto concorrencial no sistema jurídico brasileiro.

2.1 O programa de leniência brasileiro

O Programa de Leniência Antitruste do Conselho Administrativo de Defesa Econômica tem origem em 2000, a partir da edição da Medida Provisória n. 2055-4, de 7 de dezembro, como uma importante ferramenta para o *public enforcement* do direito da concorrência, sob a justificativa da dificuldade de obtenção de provas da prática de determinados ilícitos concorrenciais, notadamente quando da possibilidade de paralelismo comportamental (FORGIONI, 2015, p. 151). Por conseguinte, o mencionado diploma fora convertido na Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000, que incluiu na então legislação antitruste, a Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, nos artigos 35-B e 35-C, a possibilidade de estabelecimento de acordo de leniência.

A leniência é, pois, um mecanismo de consensualidade administrativa representada pela transação entre a estrutura estatal e o beneficiário, por meio da **“troca de informações viabilizadoras da instauração, da celeridade e da melhor fundamentação do processo, [que] possibilita um abrandamento ou extinção da sanção em que este incorreria [...]”**, em razão da prática da conduta anticoncorrencial (OLIVEIRA; RODAS, 2013, p. 244-245). Em outras palavras, concede-se benefícios às pessoas jurídicas e físicas participantes de uma conduta anticoncorrencial, a partir do compromisso de confissão e de cessação da prática ilícita, para além da necessária cooperação com as investigações, mediante a indicação dos participantes e a apresentação de informações e documentos fundamentais para a apuração dos fatos.

Esse conjunto de iniciativas permanece na atual Lei n. 12.529/2011, em seus artigos 86 e 87, como forma de detecção, investigação e punição das infrações contra a ordem econômica, como também de informação e orientação as empresas e os cidadãos, de modo permanente, acerca dos direitos e garantias do acordo de leniência, como forma de incentivar, orientar e assistir a celebração da leniência concorrencial (BRASIL, 2016, p. 9).

Ao longo dessa evolução normativa, algumas modificações foram implementadas, como a competência para a celebração do acordo, que passou da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Fazenda para a Superintendência-Geral do Cade, a partir da nova lei. Essa modificação tem um impacto positivo, na medida a competência destinada a um órgão da própria estrutura do Cade (sem ingerência política) permite a redução dos custos de transação e da possibilidade de atuações desconexas, como ocorria na vigência da lei anterior.

Conquanto outros acordos de leniência possam ser firmados perante outras instituições como o Ministério Público (MP) ou a Controladoria-Geral da União (CGU), esses não excluem a competência

da Superintendência-Geral do Cade (SGC) para a celebração do acordo na seara antitruste (BRASIL, 2016, p. 11). Essa atribuição da Superintendência-Geral do Cade, entretanto, não garante a concessão dos benefícios definitivamente, uma vez que esses apenas são conferidos quando do julgamento do processo administrativo pelo Plenário do Tribunal do Cade (art. 86, §4º, da Lei nº 12.529/2011).

Como outros avanços legislativos da nova LDC, permitiu-se que o líder do cartel firmasse o acordo (CORDOVIL *et al*, 2011, p. 191), ao tempo que houve a abrangência normativa explícita dos efeitos do instituto no âmbito penal (art. 87, da Lei nº 12.529/2011), bem como criou-se a regra de impedimento de nova leniência no prazo de três anos, como um desincentivo ao descumprimento do acordo (§ 12º, do artigo 86, da LDC), conforme sustentado por Oliveira e Rodas (2013, p. 247) e Marrara (2015, p. 335).

Particularmente em relação à leniência corrente, existem três modalidades de o proponente solicitar o acordo de leniência junto à Superintendência-Geral do CADE (MARRARA, 2015, p. 335): na fase pré-processual (de modo antecedente à investigação pela autarquia), superveniente e relacionado a um único processo (acerca de fatos apurados em um procedimento já instaurado), bem como em um processo já existente, com extensão a outro fato a ser investigado pela autarquia, fato que acarretaria na instauração de novo processo administrativo.

No tocante às sanções administrativas, a previsão normativa do *caput* do artigo 86, da Lei n. 12.529/2011, prevê a extinção da ação punitiva para o primeiro beneficiário da leniência, se a Superintendência-Geral do Cade não tiver conhecimento prévio da infração noticiada, ou a redução de 1 a 2/3 da penalidade aplicável, para os beneficiários subsequentes, ou em caso de conhecimento prévio da SGC⁴. Então, o interessado qualificado para a celebração do acordo recebe do Superintendente-Geral o *marker*, documento que comprova o seu *status* e, logo, as garantias decorrentes da sua qualificação (BRASIL, 2016, p. 25). Isso, porque a qualificação do primeiro a celebrar o acordo referido pode conferir ao signatário a cessação total das penas de natureza administrativa.

Quanto à seara penal, observa-se que a celebração da leniência enseja a suspensão do prazo prescricional e a impossibilidade de oferecimento da denúncia em relação aos beneficiários, motivo pelo qual exige-se a intervenção do Ministério Público Federal na celebração do instrumento, pelo fato de ser esse o titular da ação penal por condutas anticoncorrenciais (CORDOVIL *et al*, 2011, p. 192). Por sua vez, nos termos do artigo 87, da LDC, cumprido o acordo de leniência, há ainda a extinção da pretensão punitiva penal dos crimes tipificados na Lei de Crimes Contra a Ordem Econômica (Lei nº 8.137/1990), bem como em outras legislações correlatas, como os carteis tipificados na Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666/1993), ou o crime de associação criminosa, disposto no artigo 288 do Código Penal.

Demais disso, há uma garantia geral do sigilo ao programa de leniência. Desse modo, o § 9º do artigo 86, da LDC, impede a publicidade da proposta de acordo de leniência oferecida à Superintendência-Geral, como forma de tornar atrativo o instituto àqueles que participaram de uma infração concorrencial e desejam colaborar com a autoridade concorrencial.

4 A seu turno, como consequência da extinção ou da redução referidas sanções administrativas, as penalidades acessórias dispostas no artigo 38, da LDC, igualmente devem ser afastadas em relação aos signatários da leniência que cumprem regularmente o quanto disposto nos termos do acordo.

Por outro lado, as condutas infracionais em questão, em regra, geram danos diretos ao mercado, o que dá aos prejudicados o direito de postular reparações pelos prejuízos sofridos, através de ação judicial, comumente denominada por Ação de Reparação por Danos Concorrenciais (ARDC), ou *private enforcement* concorrencial. Nesse aspecto, o microsistema concorrencial, apesar de não poder desguarnecer os beneficiários da leniência, como o sigilo supramencionado, tampouco pode tornar impossível a reparação aos lesados pelas práticas anticoncorrenciais. Por conta disso, entende-se fundamental saber como se desenha o arcabouço normativo acerca do acesso à documentação e informações constantes em processos administrativos e inquéritos perante o Cade, por pessoas que tenham interesse em pleitear a reparação dos danos sofridos em decorrência do ilícito concorrencial.

2.2 A confidencialidade (ou a publicidade) dos processos com leniência

De um modo geral, para a persecução eficiente dos seus fins, a Lei de Defesa da Concorrência dispõe, em seu artigo 49, do tratamento sigiloso, pelo Tribunal e pela Superintendência-Geral do Cade, de documentos, informações e atos processuais que sejam necessários à elucidação dos fatos, ou mesmo ao cumprimento do interesse da sociedade, seja no inquérito administrativo para a apuração de infrações à ordem econômica (inc. II, art. 48, LDC) ou no seu correlato processo administrativo para a imposição de sanções administrativas por tais ilícitos (inc. III, art. 48, LDC). Ademais, o parágrafo único do referido artigo 49 ainda menciona a possibilidade de requerimento, pelas partes, de tratamento sigiloso de documentos e informações, nos limites definidos no Regimento Interno do Cade (RICade) (BRASIL, 2019).

Especificamente no que tange aos acordos de leniência, o §9º do artigo 86, da LDC garante o sigilo à proposta de acordo de leniência, ressalvado o interesse das investigações e do processo administrativo. Isso porque, não pode a autoridade, no caso da leniência, permitir que outros envolvidos no ilícito descubram que estão sendo delatados, até a abertura do processo administrativo, uma vez que isso poderia causar ocultação de provas e claros prejuízos à investigação (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2015, p. 186-187).

Desse modo, será dado acesso aos representados do acordo de leniência, dos seus anexos e dos respectivos documentos, apenas para fins de exercício de defesa no inquérito ou processo administrativo (inc. I, §2º, do artigo 207, do RICade), sendo vedada a divulgação ou o compartilhamento desses elementos de prova (inc. I, §2º, do artigo 207, do RICade) (BRASIL, 2019). A publicização da identidade do signatário do acordo de leniência, por sua vez, de acordo com o artigo 207 do RICade, apenas se dará com o julgamento do processo pelo Tribunal do Cade, mantendo-se, entretanto, o acesso restrito quanto aos documentos e às informações que sejam comercialmente sensíveis (§1º, do art. 207, do RICade).

Portanto, em regra, de acordo com a normatização concorrencial, terceiros não teriam acesso direto às provas e informações apresentadas pela parte que firmou um acordo de leniência, devendo ser respeitadas as condições e prazos de confidencialidade estabelecidos pelo regramento antitruste.

Diante desse cenário, resta saber de que modo os lesados por infrações concorrenciais podem aceder à documentação relativa a um inquérito ou a um processo administrativo em que se tenha firmado um acordo de leniência com um dos infratores. É o que será analisado no item

subsequente, como forma de garantir o *follow-on* das ações *public enforcement* pelas demandas de *private enforcement*.

2.3 A Resolução nº 21/2018 e o acesso à documentação

Em um contexto marcado por entendimentos diversos em relação ao acesso a documentos do acordo de leniência para fins de propositura de ação de reparação de danos concorrenciais, o Cade editou a Resolução nº 21, de 11 de setembro de 2018. Como mandamento geral, reconheceu-se a publicidade dos documentos e informações constantes nos processos administrativos para a imposição de sanções por infrações à ordem econômica, incluindo-se aqueles oriundos de acordo de leniência (art. 1º, da Resolução n. 21/2018), tendo a sua divulgação dependente da fase processual (BRASIL, 2018).

Contudo, o artigo 2º, da mencionada resolução, impôs exceções à regra geral de publicidade, para a manutenção da restrição de acesso mesmo depois da decisão final do Plenário do Tribunal do Cade, ou seja, com a impossibilidade de disponibilização a terceiros⁵. Primeiramente, entende-se como confidencial o histórico da conduta e seus aditivos elaborados pela Superintendência-Geral do Cade, que tenham como fundamento documentos e informações de natureza auto acusatória, submetidos pelos proponentes, voluntariamente, no âmbito da consensualidade administrativa. Isso, por conta do risco à condução das negociações, às atividades relativas à inteligência e à própria efetividade do programa de leniência, ou de eventual termo de cessação de conduta (inc. I, art. 2º, da Resolução n. 21/2018).

Para além do histórico de conduta e seus aditivos, no caso da leniência, que é o foco do presente trabalho, também figuram sob confidencialidade, de acordo com o inc. II do referido art. 2º, da Resolução n. 21/2018, os documentos e as informações: a) relativos à proposta de acordo de leniência e demais necessários à elucidação dos fatos, ou exigidos pelo interesse da sociedade; b) que representem segredo industrial; c) em relação à atividade empresarial da pessoa cuja divulgação possa representar vantagem competitiva para outros agentes econômicos; d) relativos ao sigilo fiscal, bancário, de operações e serviços no mercado de capitais, além de comercial, profissional, industrial, de justiça, entre outras hipóteses previstas expressamente em legislação; e) cujo sigilo fora imposto em procedimento administrativo junto ao Cade, nas hipóteses previstas em seu Regimento Interno; f) cujo sigilo fiscal fora determinado por decisão judicial; g) relacionados à proposta de negociação do acordo de leniência frustrado, enquanto não foram restituídos aos proponentes, ou inutilizados pelo Cade.

O acesso aos documentos e informações indicados como de restritos pelo artigo 2º da mencionada resolução apenas será concedido em quatro hipóteses (art. 3º, da Resolução n. 21/2018): a) determinação legal expressa; b) decisão judicial específica quanto ao acesso; c) autorização do beneficiário da leniência, com a anuência do Cade, desde que sem prejuízo à investigação; d) em razão de cooperação jurídica internacional, consoante previsão dos artigos 26 e 27 do Código de Processo

5 A mencionada resolução, diferentemente do art. 48 do RICade, não diferencia sigilo de acesso restrito. Para o presente trabalho, adota-se a expressão de “confidencialidade” para qualquer das figuras com impedimento de acesso público, quais sejam: sigilo, acesso restrito e segredo judicial.

Civil (CPC), mediante autorização do Cade e autorização do beneficiário da leniência, desde que não haja prejuízo à investigação.

Nesse passo, a questão da confidencialidade é tão relevante que pode ensejar responsabilização administrativa, civil e penal daquele que utiliza ou divulga a terceiros documentos e/ou informações sigilosas (art. 4º, da Resolução n. 21/2018). Por conta disso, os signatários da leniência devem informar a existência medidas judiciais e extrajudiciais em andamento no Brasil e no exterior sobre documentos e informações presentes do acorno (art. 5º, da Resolução n. 21/2018), e a Procuradoria Federal junto ao Cade poderá intervir em feitos relacionados ao tema e requerer suspensão de processos, para evitar o comprometimento da política nacional de combate às infrações à ordem econômica (art. 6º, da Resolução n. 21/2018). Ainda em seguimento à política da confidencialidade, segundo o art. 7º, da Resolução n. 21/2018, o Ministério Público que atuar como interveniente na celebração do acordo de leniência, apesar de ter acesso integral aos documentos e às informações apresentadas pelo proponente, deverá observar as regras de confidencialidade, para a propositura de procedimentos cíveis e criminais cabíveis ao caso.

Ademais, a referida resolução especifica o grau de publicidade documental para cada fase do processo administrativo sancionador que tenha como base o acordo de leniência, ou outros meios consensuais não tratados no presente artigo. Na fase de negociação e de celebração dos acordos, a previsão é da manutenção do sigilo da proposta e dos documentos consecutórios do acordo de leniência, somente podendo pessoas autorizadas pelo Cade acessá-los por um dos seguintes fundamentos: a) necessidade de preservação da investigação e da identidade do colaborador (inc. I, art. 9º, da Resolução n. 21/2018); b) a necessidade de preservação da política nacional de combate às infrações contra a ordem econômica (inc. II, art. 9º, da Resolução n. 21/2018); c) a necessidade de preservação da participação do Brasil em programas internacionais de combate às infrações contra a ordem econômica (inc. III, art. 9º, da Resolução n. 21/2018).

Por sua vez, na fase de instrução do processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, realizado perante a SGC ou no Tribunal do Cade, há a previsão da disponibilização nos autos de versões públicas da nota técnica de instauração e da nota técnica final da SGC (art. 10, da Resolução n. 21/2018). As notas técnicas, em que pese não fornecerem todas as informações sobre o caso, já oferecem substantivo fundamento aos interessados em ingressar com a ARDC, fundamentadas no artigo 47, da Lei de Defesa da Concorrência (BRASIL, 2011).

Enfim, quando da decisão final pelo plenário do Tribunal do Cade, deve-se conceder o acesso ao conteúdo de acesso restrito que assim eram classificados apenas para a preservação da instrução (art. 11, da Resolução n. 21/2018). Afinal, a garantia do acesso a documentos e informações que eram sensíveis no momento da investigação e da instrução, torna-se importante para medidas de *private enforcement*. Todavia, os documentos tidos como sigilosos ou em segredo de justiça não podem ser disponibilizados, de modo generalizado, conforme os incisos III e IV, do art. 48, do RICade, de modo que somente poderiam ocorrer em casos excepcionais, mediante autorização criteriosa da autarquia ou do Poder Judiciário, respectivamente.

O *dies ad* quem da confidencialidade documental da leniência fora tratado no julgamento do caso do “Cartel dos Compressores”, perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual reconheceria “necessidade de um maior elastecimento do sigilo, a fim de abarcar o julgamento pelo órgão admi-

nistrativo” (STJ, 2018), com vistas ao efetivo funcionamento do instituto da leniência, em detrimento da consideração anterior de que o termo seria da “apresentação do relatório circunstanciado pela Superintendência-Geral ao Presidente do Tribunal Administrativo” (STJ, 2016). Em todo caso, ressaltou-se, em que pese o programa de leniência da autoridade antitruste brasileira trazer premiações na esfera administrativa e penal, o instituto “[...] não alcança a responsabilidade civil decorrente do dever geral de não lesar outrem, de forma que poderá vir a ser responsabilizado pelos prejuízos que sua conduta causou a particulares” (STJ, 2018). E, assim sendo, a jurisprudência reafirma o quanto disposto na Resolução n. 21/2018, para a acessibilidade de documentação relativa ao acordo de leniência, com vistas à propositura de ação reparatória, após o julgamento pelo Tribunal Administrativo do Cade.

Por outro lado, a despeito do art. 11 da Resolução em questão dispor sobre a publicidade dos documentos, no Despacho Decisório nº 44/2019/GAB4/Cade, de 13/11/2019 (BRASIL, 2019), no Processo nº 08700.004073/2016-6, de relatoria da Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira⁶, entendeu-se pela irretroatividade da disponibilização dos documentos necessários à propositura de ações cíveis de reparação de danos concorrenciais, para processos em que houve a celebração de acordos pelo Cade, antes da entrada em vigor da mencionada resolução⁷. Contudo, o precedente do STJ – anterior à vigência da resolução – pode servir como fundamento para o acesso a esse conjunto documental, uma vez que a autoridade administrativa entende pela não liberação de seu acesso, sem um fundamento que seja mais relevante que a reparabilidade dos danos relativos à prática anticoncorrencial.

3. O PRIVATE ENFORCEMENT NA UNIÃO EUROPEIA

No contexto da União Europeia (UE), apenas nas últimas décadas que se passou a ter em conta a utilização dos meios de persecução privada para a reparação dos danos advindos de práticas anticoncorrenciais (WILS, 2003, p. 473-476). São relativamente recentes as decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) que reconheceram o direito à reparação privada de danos concorrências, como no caso *Courage v Crehan* (LUXEMBURGO, 2001) e, em especial, no caso *Manfredi*, a partir do qual se estabeleceu, com fundamento no antigo art. 81º (atual 101º), do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), que “[...] qualquer pessoa pode invocar a nulidade de um acordo ou de uma prática proibida por este artigo e, quando existe um nexo de causalidade entre esta e o dano sofrido, pedir a reparação do referido dano” (LUXEMBURGO, 2006, p. I-6659).

Como na realidade brasileira, o *private enforcement* na União Europeia é incipiente e pautado em sistema predominantemente de *Civil Law*, de modo que o mecanismo de responsabilização

6 Despacho referendado pelo plenário do Cade, em 149ª Sessão Ordinária de Julgamento, realizada em 13 de novembro de 2019. No mesmo sentido, ver Despacho nº 49, de 23 de dezembro de 2019, no Processo nº 08700.007938/2016-41, Rel. Cons. Paula Farani de Azevedo Silveira, em 22/01/2020.

7 *In verbis*: “Nesse sentido, muito embora a referida Resolução tenha como principal objetivo fomentar as ações civis de reparação por danos concorrenciais, é preciso, por outro lado, respeitar os termos dos acordos celebrados anteriormente à sua entrada em vigor, em atenção ao art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, e art. 6º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. 5. Mantenho, portanto, a confidencialidade dos documentos e informações que integram o apartado de acesso restrito nº 08700.004108/2016-61”.

privada de danos concorrenciais tem no acesso a elementos de prova um dos fatores decisivos para o sucesso do instrumento. Isso decorre muito das culturas jurídicas desses locais, que ensejam maior preocupação nas soluções normativas, uma vez que as autoridades tendem a interpretar e a aplicar de modo mais cauteloso o dispositivo de viabilização da obtenção dos elementos de prova (ROSSI; FERRO, 2015, p. 133).

Por conta da dificuldade na colheita de provas fundamentais para a comprovação dos elementos da responsabilidade por danos concorrenciais, garante-se aos lesados algum acesso aos meios de prova produzidos em procedimento das autoridades concorrenciais, com maior poder de investigação e coleta de provas. Em razão disso, no âmbito da União Europeia, o *private enforcement* tem estreito relacionamento com o arcabouço normativo acerca da obtenção das provas pelos que sofreram danos da prática anticompetitiva, sobretudo em casos complexos de condutas anticoncorrenciais, as quais ensejam, muitas vezes, a celebração de acordo de clemência⁸.

Desde já, ressalte-se que o presente artigo se cinge à hipótese de acesso à documentação relativa ao processo atrelado à clemência firmado junto à instituição responsável pela investigação, apuração, instrução e decisão administrativa no âmbito da União Europeia, que é a Comissão Europeia. Isso porque, a partir do advento do Regulamento n. 1/2003 (UNIÃO EUROPEIA, 2002), houve uma multiplicação de regimes de clemência entre os Estados-membros, por meio da descentralização da aplicabilidade do direito comunitário da concorrência. E, por sua vez, não se objetiva especificar uma realidade local, tampouco abordar todo o contexto dos Estados que são membros da União Europeia, visto que o presente trabalho tem objetivo de comparação das regras gerais entre as realidades brasileira e da UE.

Logo, não serão tratados os casos de acesso à documentação em processos na seara dos Estados-membros, tampouco em sede do Tribunal de Justiça da União Europeia. No primeiro caso, em face da grande variabilidade de normatização local (de cada Estado-membro) quanto à disciplina da clemência e do acesso aos elementos de prova, fato que enseja o estudo de uma norma de harmonização pela União Europeia⁹. Já a hipótese relativa ao TJUE é bastante limitadora, uma vez que, de modo geral, não é possível o acesso por terceiros de peças processuais e documentos adunados pelas partes em ações de competência do TJUE, para além dos acórdãos, relatórios de audiências, opiniões e despachos dos advogados-gerais¹⁰.

Nesse passo, cumpre-se analisar o programa de leniência da UE, como forma de se observar o regramento do instituto, que serve de base para a produção de provas substanciais à verificação de condutas anticoncorrenciais de natureza grave.

3.1 A leniência na União Europeia

8 Denominação utilizada em língua portuguesa, no âmbito da União Europeia, para o que no Brasil se chama “leniência”.

9 Vide a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho COM(2017) 142 final 2017/0063 (COMISSÃO EUROPEIA, 2017).

10 No caso República da Suécia, o TJUE (2010, §99) decidiu: “nem o Estatuto do Tribunal de Justiça nem os referidos regulamentos de processo preveem o direito de acesso, por parte de terceiros, aos articulados apresentados ao Tribunal de Justiça no âmbito de processos judiciais” (LUXEMBURGO, 2010). Contudo, o TJUE pode determinar o acesso de documentos em processos da Comissão Europeia, bem como as partes podem divulgar os seus articulados processuais.

O programa de clemência (ou leniência) da União Europeia teve surgimento em 1996, a partir da “Comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas¹¹ nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas” (JOEU, 1996), sendo o primeiro estatuto da UE para as empresas interessadas em colaborar com as investigações da Comissão, de modo a firma o acordo com essa entidade.

Todavia, em razão de alguns problemas interpretativos e da larga margem de discricionariedade da Comissão no processo decisório, editou-se, em 2002, a “Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis” (JOUE, 2002), para assegurar a imunidade ao primeiro requerente do acordo de clemência, como também a aceitação de pedidos de leniência dos líderes do cartel, desde que não tenham exercido coação sobre os demais membros, para além da possibilidade de prestação de declarações orais.

Posteriormente, em 2006, aprovou-se a “Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis” (JOEU, 2006), a partir da qual se instituiu o marcador temporal (§15, da Comunicação de 2006) para o pedido de imunidade para a primeira empresa, bem como para os patamares de redução das multas dos signatários seguintes, a depender da ordem de pedido de leniência apresentado pelas empresas e desde que satisfeitos os demais requisitos normativos. Esse fomento à corrida entre os infratores para delatar o cartel, contudo, não pode beneficiar de imunidade aquela empresa que tenha praticado coação sobre as outras, mas é possível a redução das multas aplicáveis a essa (§§12 e 13, da Comunicação de 2006). Do mesmo modo, não pode ser concedida imunidade, na hipótese de a Comissão possuir, na data do pedido de leniência, elementos de prova suficientes para a comprovação da existência da infração concorrencial (§10, da Comunicação de 2006).

A evolução normativa, até mesmo com a edição da comunicação supramencionada, entretanto, deixou de esclarecer a questão do acesso ao conjunto probatório de processos relacionados a pedidos de leniência, por terceiros interessados na propositura de uma ação privada de reparação de danos concorrenciais. Nesse sentido, há de se analisar a seguir os aspectos atinentes à confidencialidade ou publicidade dos elementos de prova, na hipótese mencionada.

3.2 O acesso à documentação da Comissão em casos de leniência

A Comissão Europeia – entidade responsável pela verificação da hipótese de cometimento de infração concorrencial do cartel – tem a legitimidade para o recolhimento de informações concorrenciais sensíveis, sobretudo quanto às estratégias comerciais das empresas implicadas em um processo de investigação das condutas enquadráveis no n° 1, do art. 101º, do TFUE. Nesse sentido, podem ser obtidas informações atinentes aos valores de venda, às cotas de mercado, entre outras (UNIÃO EUROPEIA, 2014, § 79).

Por outro lado, conforme o Regulamento n° 1049/2001 (UNIÃO EUROPEIA, 2001), do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, há um direito amplo de acesso aos documentos das instituições em causa.

11 Denominação utilizada em língua portuguesa, no âmbito da União Europeia, para o que no Brasil se chama “multa”.

Entretanto, quando os documentos objeto do pleito de acesso estão abrangidos por um domínio específico do direito da União Europeia, como o concorrencial, a interpretação das exceções constantes no art. 4º dessa normativa deve ocorrer tendo em conta o regramento desse ramo específico que, no caso da matéria antitruste, tem sede no Regulamento n.º 1/2003, de 16 de Dezembro de 2002, da Comissão Europeia, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 101º e 102º do TFUE, bem como no Regulamento n.º 773/2004 da Comissão, de 7 de Abril de 2004 (UNIÃO EUROPEIA, 2004), relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.

Assim sendo, o Regulamento n.º 1/2003, em seus artigos 27º, n.º 2, e 28º, enquanto o Regulamento n.º 773/2004, em seus artigos 6º, 8º, 15º e 16º, como também o Regulamento n.º 1049/2001, no artigo 4º, n.º 3, segundo parágrafo, determinam a limitação ao acesso ao processo às partes interessadas e aos queixosos (UNIÃO EUROPEIA, 2014, §§ 86 a 88). Não se trata, pois, de uma dissociação desse conjunto normativo concorrencial com a regra de amplo acesso, uma vez que a seara concorrencial busca garantir a promoção das boas práticas administrativas, já que se deve facilitar ao máximo o exercício do direito de acesso aos documentos, em detrimento dos direitos de defesa das partes e do interesse da sociedade¹².

Em que pese as restrições mencionadas acima, para uma ação de reparação de danos concorrenciais, entende-se não ser necessário o acesso a todos o conjunto documental do processo em causa, de modo que qualquer pessoa que pretenda obter a reparação de um prejuízo em razão de uma conduta verificável no n.º 1, do art. 101º, do TFUE, deve demonstrar a necessidade dessa obtenção, para que a Comissão Europeia pondere os interesses de acesso ou de sua proteção, levando-se em consideração todos os elementos atinentes ao processo. Quando não houver tal necessidade, a reparação do prejuízo sofrido em função da conduta em questão não constitui um interesse público superior que excepciona a regra de recusa de acesso aos documentos, de acordo com o Regulamento n.º 1049/2001 (UNIÃO EUROPEIA, 2001).

Por sua vez, com o advento da Diretiva 2014/104/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, passou-se a consolidar o entendimento jurisprudencialmente firmado no caso do acesso à documentação para a propositura de ação de indenização com fundamento em infrações concorrenciais. Desse modo, partindo-se do caso de estabelecimento de acordos de clemência – enquanto uma cooperação de um cartelista às investigações promovidas por autoridade da concorrência, tendo como contrapartida a dispensa ou a redução de coima (artigo 2º, n.º 15, da Diretiva) – a mencionada normatização estabelece parâmetros de acesso à documentação, que no presente caso terá como foco apenas a relativa aos processos de competência da Comissão Europeia (JOEU, 2014).

12 Ver acórdão da Comissão Europeia contra EnBW Energie Baden-Württemberg AG, § 90, *in verbis*: “Nestas condições, um acesso generalizado, com base no Regulamento n.º 1049/2001, aos documentos que figuram no processo de aplicação do artigo 81.º CE é suscetível de prejudicar o equilíbrio que o legislador da União quis assegurar, nos Regulamentos n.ºs 1/2003 e 773/2004, entre a obrigação que as empresas em questão têm de comunicar à Comissão as informações comerciais eventualmente sensíveis com o fim de lhe permitir comprovar a existência de um cartel e apreciar a sua compatibilidade como referido artigo, por um lado, e a garantia de proteção reforçada que corresponde, a título de sigilo profissional e de segredo comercial, às informações transmitidas à Comissão, por outro (v., por analogia, acórdãos, já referidos, Comissão/Éditions Odile Jacob, n.º 121, e Comissão/Agrofert Holding, n.º 62)” (LUXEMBURGO, 2014).

Assim, consolidou-se a necessidade de concessão de acesso à documentação de processos relativos às infrações concorrenciais, desde que atendidos o princípio da proporcionalidade (artigo 5º, nº 3 e artigo 6º, nº 4, da Diretiva), o sigilo profissional (artigo 5º, nº 6, da Diretiva) e a garantia prévia do contraditório (artigo 5º, nº 7, da Diretiva). Esse procedimento, pois, deve ter como baliza o princípio da efetividade, para que não haja impedimento ou excessiva dificuldade no exercício do direito à reparação dos danos sofridos pelos lesados, em face da infração concorrential (artigo 4º, da Diretiva).

De toda maneira, instituiu-se a presunção ilidível de que o cartel enseja danos (artigo 17º, nº 2, da Diretiva), como forma de facilitação e incentivo à propositura de ações de reparação de dano integral (artigo 3º, da Diretiva), em mecanismo de *follow-on*, uma vez que o nexos de causalidade entre a conduta anticoncorrencial e os danos dos lesados tem embasamento na própria legislação, ainda que seja possível o seu afastamento.

Nesse diapasão, a Comunicação da Comissão de 2006, mencionada no tópico anterior, fora modificada pela “Comunicação da Comissão Europeia – Alterações à Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis”, a partir da alteração o parágrafo 34. Essa modificação instituiu que, em relação aos processos na Comissão, somente pode ser concedido acesso aos destinatários de uma comunicação de objeções, desde que as informações obtidas por esse meio sejam exclusivamente utilizadas para fins de processos judiciais ou administrativos, com o intuito de aplicação das regras de concorrência da União, podendo aquele que se utilizar indevidamente dessas informações ser punido pelas regras do mencionado instrumento normativo.

Consoante o atual panorama normativo, em regra, qualquer um com personalidade jurídica com residência ou sede na União pode acessar todos os documentos dos processos administrativos da Comissão Europeia, ainda que os inquéritos possam ser protegidos enquanto estão em tramitação, por presunção *juris tantum* de que a divulgação é um perigo aos objetivos do próprio procedimento administrativo (ROSSI; FERRO, 2015, p. 139). Entretanto, nas hipóteses de um pedido de leniência, de redução de multa, ou de uma proposta de transação, a informação deve ser inacessível a terceiros, por razões de superior interesse público (UNIÃO EUROPEIA, 2006, §33).

Em outros termos, no âmbito da pretensão de propositura de ação de indenização, tem-se como regra que, respeitando-se o teste de proporcionalidade e os requisitos normativos, o acesso a todos os elementos em posse das autoridades da concorrência por ocorrer a qualquer momento, se qualquer das partes ou terceiros não puderem fornecer tais documentos de modo razoável, desde que os elementos de prova obtidos apenas sejam utilizados em ações reparatorias movidos pela pessoa a quem fora concedido o acesso. Contudo, instituiu-se categorias que Rossi e Ferro (2015, p. 183) denominam de “cinzentas” e “negras”, as quais impõem condições ao acesso, ou mesmo o proíbem, parcial ou integralmente.

Os elementos “cinzentos” são aqueles que somente acessáveis para o *private enforcement* após a conclusão administrativa do processo na Comissão, a saber: a) documento elaborado especificamente para o processo de uma autoridade concorrential; b) documento elaborado por uma autoridade da concorrência e encaminhado às partes no âmbito do seu processo; c) propostas revogadas

de transação¹³. Já os denominados de elementos “negros” correspondem àqueles que não podem ser utilizados em ações de *private enforcement*, em qualquer momento, somente viabilizando-se acesso ao tribunal, para o controle da decisão administrativa, mormente na hipótese das declarações de clemência e das propostas de transação não revogadas (ROSSI; FERRO, 2015, p. 184).

Se a Comissão Europeia, por outro lado, se mostrar reticente na liberação do acesso a terceiros de documentos importantes para o ingresso de uma ação judicial de *private enforcement*, por força do n° 3, do artigo 4º do Tratado da União Europeia (TUE) e do n° 1, do artigo 15º do Regulamento (CE) n° 1/2003, pode-se valer de pedido de solicitação pelo tribunal nacional competente para processar a ação de reparação de danos concorrenciais baseada no direito comunitário da concorrência¹⁴. Esse cenário, contudo, ainda é parte de um processo de conscientização de toda a estrutura institucional da União Europeia acerca da necessidade de promoção do *private enforcement* no âmbito comunitário e em cada Estado-membro. Até porque, por vezes, a institucionalidade da UE sofre críticas por uma atuação contraditória nessa temática¹⁵.

De toda sorte, mediante o requerimento do interessado, desde que atendidos o princípio da proporcionalidade, o sigilo profissional e a garantia prévia do contraditório, o tribunal nacional que processa a ação de *private enforcement* pode determinar a apresentação dos elementos de prova, pela empresa causadora do dano ou pela autoridade pública que detiver os elementos de provas requeridas pelo interessado, como no referido caso *Alstom* (ROSSI; FERRO, 2015, p. 182).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil e na União Europeia, o desenvolvimento das ações de *private enforcement* na seara concorrencial, com vistas à reparabilidade dos danos causados por uma infração anticompetitiva, encontra um impedimento claro a sua difusão, que é a coleta de elementos de prova, pelos lesados, para adimplemento dos requisitos necessários ao reconhecimento do dever de indenizar, sobretudo em casos de condutas complexas como o cartel.

Dessa maneira, o terceiro que tenha interesse na persecução privada concorrencial pode se valer de documentos constantes em um procedimento ou em um inquérito em trâmite na autoridade da concorrência em questão, para a obtenção de elementos capazes de provar a conduta lesiva, uma vez que essas entidades públicas detêm capacidade técnica e poder de investigação que os particulares não possuem. Trata-se da chamada ação privada *follow-on* da persecução pública.

13 Sobre a necessidade de encerramento do processo na Comissão para o acesso ao inquérito, Rossi e Ferro (2015, p. 140) tecem algumas críticas à posição de necessária espera da conclusão do processo administrativo, pois acreditam na perda de efetividade do *private enforcement*, levando-se em consideração os prazos prescricionais dos Estados-membros e a longa duração dos processos perante os tribunais europeus.

14 Acerca do pedido de tribunal nacional de acesso à documentação de processo de competência da Comissão Europeia, ver o caso *Alstom* contra a Comissão Europeia, processo T - 164/12, sobretudo o resumo constante no Despacho do Tribunal Geral da Primeira Secção (LUXEMBURGO, 2014).

15 Para Rossi e Ferro (2015, p. 186-187) criticam a atuação ambivalente da Comissão Europeia, por promover o *private enforcement* ao mesmo tempo em que restringe, de modo significativo, o acesso aos seus próprios processos, comprovando-se a partir do fracasso dessa modalidade de ação, no caso dos elevadores, em ação *follow-on* proposta perante os tribunais belgas.

Uma das atribuições exclusivas das autoridades concorrenciais – seja do Cade brasileiro ou da Comissão Europeia – corresponde à possibilidade de celebração de acordo de leniência com os infratores, em troca de benefícios aos signatários, como forma de obtenção de provas em procedimentos administrativos para averiguação de algumas condutas complexas e que podem ser confundidas com paralelismos comportamentais. Entretanto, o acordo de leniência implica a garantia da confidencialidade de alguns documentos e informações, seja para o incentivo ao instituto, como também às investigações e ao interesse público.

Destarte, na hipótese de uma persecução privada enquanto ação *follow-on de public enforcement* que teve no seu bojo a celebração de um acordo de leniência, o particular lesado poderá ter acesso a alguns documentos e informações, como garantia ao direito de reparação dos seus danos, mas com a limitação que permita a consecução dos objetivos concorrenciais e de seus institutos, como a leniência.

No âmbito brasileiro, pode-se conceder acesso aos documentos restritos da leniência, com o objetivo de propositura de ação reparatória, tão-somente após o julgamento pelo Tribunal Administrativo do Cade. Adverte-se, todavia, que nos casos de sigilo legal ou de segredo de justiça, a regra será pela não possibilidade de acesso desses documentos, nem mesmo após o julgamento referido, ainda que excepcionalissimamente o Cade possa conceder algum acesso aos documentos, mas em casos muito peculiares.

Por sua vez, a realidade da UE dispõe de elementos de prova “cinzentos” – os quais podem ser viabilizados apenas após a decisão administrativa do processo na Comissão –, como também os “negros”, que terceiros interessados na propositura de ação de reparação não podem ter acesso, nem depois do encerramento da fase administrativa, a exemplo das declarações de clemência e das propostas de transação não revogadas.

Em todo caso, a despeito da semelhança entres os ordenamentos em análise, a sistemática da União Europeia tem um mecanismo de grande relevância para a hipótese de conduta que mais suscita a autoridade da concorrência firmar acordos de leniência, qual seja, o cartel. Segundo a normatização da UE, há uma presunção *juris tantum* de que todo cartel gera danos; nesse sentido, inverte-se, em desfavor do cartelista, o ônus da comprovação de que não ocorrera um dano em decorrência daquela prática específica.

Portanto, a presunção de danos do cartel representa um incentivo à promoção do *private enforcement*, no caso das ações *follow-on*, na medida em que o lesado não necessitará provar o liame entre a conduta (verificada pela autoridade da concorrência) e o dano. Assim sendo, essa solução da União Europeia pode ser implementada no ordenamento jurídico brasileiro, como uma forma de ampliação dos incentivos à persecução privada concorrencial.

5. REFERÊNCIAS

CORDOVIL, Leonor *et al.* **Nova lei de defesa da concorrência comentada**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: RT, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição econômica e constituição dirigente. *In*: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (coord.). **Constituição e democracia**: estudos em

homenagem ao professor J. J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERRISCH, Georg; JORDAN, Eve; ROLDAN, Rocio Salvador. E.U. Competition and private actions for damages, the symposium on european competition law. **Northwestern Journal of International Law & Business**, v. 24, n. 3, p. 585-600, 2004.

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.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Despacho Decisório nº 44/2019/GAB4/Cade**, no Processo nº 08700.004073/2016-6, de relatoria da Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira, em 13/11/2019, referendado em 149ª Sessão Ordinária de Julgamento, realizada em 13 de novembro de 2019, DOU Nº 223, terça-feira, 19 de novembro de 2019.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Guia Programa de Leniência Antitruste do Cade**. Brasília: Cade, 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Regimento Interno do Cade**. Brasília: Cade, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3uYxMJt>. Acesso em: 16 de mar. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Resolução nº 21, de 11 de setembro de 2018**. Disciplina os procedimentos previstos nos arts. 47, 49, 85 e 86 da Lei nº 12.529, de 2011, relativos à articulação entre persecução pública e privada às infrações contra a ordem econômica no Brasil. Brasília, Cade, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3u1AbBA>. Acesso em: 30 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1.554.986/SP. 3ª Turma. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze**. Julgado em 20/02/2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 30 maio 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Recurso Especial nº 1.554.986/SP. 3ª Turma. Relator Min. Marco Aurélio Bellizze**. Julgado em 08/03/2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 30 maio 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. **Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho**, Bruxelas, 22.3.2017 COM(2017) 142 final 2017/0063 (COD). Disponível em: <https://bit.ly/3eXnyDB>. Acesso em: 29 maio 2020.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA (JOEU). Comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas, **JOUE C** 207, 18.07.1996 p. 4-6. Disponível em: <https://bit.ly/3eYnHqk>. Acesso em: 29 maio 2020.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA (JOEU). Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, **JOUE C** 45, 19.02.2002, p. 3-5. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002XC0219\(02\)&from=EM](http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002XC0219(02)&from=EM). Acesso em: 29 maio 2020.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA (JOEU). Comunicação da Comissão Europeia: Alterações à Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis. **JOUE C** 256/1, Portugal, 05/08/2015. Disponível em: <https://bit.ly/3bBi>

PoM. Acesso em: 29 maio 2020.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA (JOEU). Comunicação da Comissão Relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, **JOUE C 298**, 8.12.2006, p. 17. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52006XC1208\(04\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52006XC1208(04)&from=EN). Acesso em: 29 maio 2020.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA (JOEU). Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de novembro de 2014, **JOUE L 349/1**, 5/12/2014. Disponível em: <https://bit.ly/3ywfAsO>. Acesso em 29 de maio de 2020.

LESLIE, Christopher R. Trust, distrust, and antitrust. **Texas Law Review**, Austin, v. 82, n. 3, p. 515-680, 2004.

LUXEMBURGO. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Processos apensos C-295/04 a C-298/04**, Manfredi e outros. Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção), de 13 de julho de 2006. Disponível em: <https://bit.ly/3eXMtH5>. Acesso em: 31 maio 2020.

LUXEMBURGO. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Processos apensos C-514/07 P, C-528/07 P e C-532/07 P**, República da Suécia e outros. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 21 de setembro de 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3eXnW51>. Acesso em: 31 maio 2020.

LUXEMBURGO. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Processo C-453/99**, Courage Ltd contra Bernard Crehan. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 20 de setembro de 2001. Disponível em: <https://bit.ly/33S8Ebp>. Acesso em: 31 maio 2020.

LUXEMBURGO. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Processo C-365/12 P**, Comissão Europeia contra EnBW Energie Baden-Württemberg AG e outros. Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção), 27 de fevereiro de 2014. Disponível em: <https://bit.ly/2T0oMFv>. Acesso em: 16 março 2021.

LUXEMBURGO. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Processo T - 164/12**. Despacho do Tribunal Geral (Primeira Secção), de 4 de dezembro de 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3tWnWA4>. Acesso em: 29 maio 2020.

MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência**: organização, processos e acordos administrativos. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e economia da concorrência**. São Paulo: RT, 2013.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva. CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2016.

ROSSI, Leonor; FERRO, Miguel Sousa. O “private enforcement” do direito da concorrência e o acesso a elementos de prova. **Revista de Concorrência e Regulação**, n. 2, p. 131-193, 2015.

TAVARES, André Ramos. Facções privadas e política econômica não-democrática da ditadura brasileira. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, ano 9, n. 32, p. 1047-1066, maio/ago. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (CE) n.º 1/2003**, de 16 de Dezembro de 2002, da Comissão Europeia, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 101.º e 102.º do TFUE, JOUE L 1, de 4.1.2003. Disponível em: <https://bit.ly/3tYL7Ab>. Acesso em: 29 maio 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão**, de 7 de Abril de 2004, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, JOUE L 123 de 27/04/2004. Disponível em: <https://bit.ly/2S51Owm>. Acesso em: 29 maio 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (CE) n. 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho**, de 30 de Maio de 2001 relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 31.5.2001, L 145/43.

WILS, Wouter P. J. Should private antitrust enforcement be encouraged in Europe? **World Competition**, v. 26, n. 3, p. 473-488, 2003.