

VOLUME

11

NÚMERO 2

2023

DEZEMBRO

ISSN 2318-2253

REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO CADE

REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Volume 11 – Número 2 - Dezembro de 2023 – 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.

Elvino de Carvalho Mendonça, UnB, Brasília, Brasil

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 Braido: doutor em Economia pela Universidade de Chicago, mestre em Economia pela Fundação Getulio 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. Foi conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade (2019-2023).

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Ana Carolina Correa da Costa Leister

Caio Carvalho Correia Barros

Déborah Lins e Nóbrega

Isabela Neves Ferraz

Keila de Sousa Ferreira

Marina Costa de Oliveira

Taides Tavares dos Santos

DIAGRAMAÇÃO

Robert Felipe Pinheiro

Wandson Lucas Nascimento Siqueira

CORRESPONDÊNCIA EDITORIAL

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.

Alden Caribé de Sousa, Universidad Francisco de Vitoria, Madrid, Espanha.

Aleff dos Santos Santana, UFPA, Belém, Brasil.

Alexandre Ditzel Faraco, UFPR, Curitiba, Brasil.

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

Amanda Athayde Linhares Martins, UnB, Brasília, Brasil.

Amanda Athayde, UnB, Brasília, Brasil.

Amanda Flávio de Oliveira, UnB, Brasília, Brasil.

Ana Carolina Correa da Costa Leister, UNIFESP, São Paulo, Brasil.

Andréia Fernandes de Almeida Rangel, UFRJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Angelo Gamba Prata de Carvalho, UnB, Brasília, Brasil.

Ana de Oliveira Frazão Vieira de Mello, UnB, Brasília, Brasil.

Ananda Portes Souza, UFMG, Belo Horizonte, Brasil.

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

Anna Binotto Massaro, USP, São Paulo, Brasil.

Beatriz Malerba Cravo, FGV, São Paulo, Brasil.

Bernardo Macedo, Unicamp, Campinas, Brasil.

Bruno Motta Amat, FGV, Rio de Janeiro, Brasil.

Bruno Oliveira Maggi, FGV, São Paulo, Brasil.

Bruno Polonio Renzetti, Insper, São Paulo, Brasil.

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

Carolina Saito da Costa, IDP, Brasília, Brasil.

Celso Fernandes Campilongo, USP, São Paulo, Brasil.

Daniel Boson, UniCEUB, Brasília, Brasil.

Daniel Favoretto Rocha, FGV, São Paulo, Brasil.

Daniel Fernando Pastre, UNINTER, Curitiba, Brasil.

Daniel Jacomelli Hudler, UNINOVE, São Paulo, Brasil.

Daniel Tobias Athias, USP, São Paulo, Brasil.

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

Diogo Rosenthal Coutinho, USP, São Paulo, Brasil.

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

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

Elvino Carvalho Mendonça, UnB, Brasília, Brasil.

Eric Hadmann Jasper, FGV, São Paulo, Brasil.

Fabiana Ferreira de Mello Títo, USP, São Paulo, Brasil.

Felipe Comarela Milanez, UFOP, Ouro Preto, Brasil.

Felipe Roquete, UnB, Brasília, Brasil.

Fernanda Garibaldi, USP, São Paulo, Brasil.

Fernando Amorim, UnB, Brasília, Brasil.

Fernando de Magalhães Furlan, Uniceplac, Brasília, Brasil.

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

Gilson Geraldino Silva, UFSC, Florianópolis, Brasil.

Guilherme Ribas, USP, São Paulo, Brasil.

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

Gustavo Ferreira Ribeiro, UniCEUB, Brasília, Brasil.

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

Ivo Teixeira Gico Júnior, UniCeUB, Brasília, Brasil.

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

Leonardo Callado, FGV, Brasil.

Leonor Cordovil, FGV, São Paulo, Brasil

Lilian Manoela Monteiro Cintra de Melo, UnB, Brasília, Brasil.

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

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

Luis Henrique Bortolai, PUC, Campinas, São Paulo.

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

Marcelo Calliari, USP, São Paulo, Brasil.

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

Maria Fernanda Caporale Madi, Erasmus Universiteit Rotterdam, Holanda.

Mônica Tiemy Fujmoto, IDP, Brasília, Brasil.

Oswaldo Agripino, UFSC, Florianópolis, Brasil.

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

Paula Andrea Forgioni, USP, São Paulo, Brasil.

Pablo Georges Cícero Fraga Leurquin, UFERSA, Mossoró, Brasil.

Priscila Brolio Goncalves, USP, São Paulo, Brasil.

Priscilla Craveiro da Costa Campos, FGV, Brasília, Brasil.

Raphael S. R. Chaia Jacob, UCDB, Campo Grande, Mato Grosso do Sul.

Raquel Mazzuco Sant'Ana, UFSC, Florianópolis, Brasil.

Renata Oliveira Almeida Menezes, UFRN, Natal, Brasil.

Rafael Oliveira, USP, São Paulo, Brasil.

Richard Bassan, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, Brasil.

Rodrigo Guia da Silva, UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Rutelly Marques da Silva, UFMG, Minas Gerais, Brasil.

Sara Tironi, USP, São Paulo, Brasil.

Sílvia Fagá de Almeida, FGV, São Paulo, Brasil.

Tainá Leandro, UnB, Brasília, Brasil.

Tanise Brandão Bussmann, PUC-RS, Porto Alegre, Brasil

Vicente Bagnoli, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, Brasil.

Vinicius Klein, UFPR, Paraná, Brasil.

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

Vítor Cesar Xavier, UnB, Brasília, Brasil.

Vivian Terng, USP, São Paulo, Brasil.

Waleska de Fátima Monteiro, UFG, Goiás, Brasil.

Willi Sebastian Künzli, USP, São Paulo, Brasil.

SUMÁRIO

Apresentação	9
Big Techs, Data Protection, and Competition Regulation in a Data-Driven Economy: A Multidisciplinary Approach	
<i>Big Techs, Proteção de Dados e Regulação de Concorrência em uma Economia Baseada em Dados: uma abordagem multidisciplinar</i>	11
Antitruste no metaverso: economia comportamental e o bem-estar do consumidor	
<i>Antitrust in the metaverse: behavior economy and consumer welfare</i>	27
O paradoxo do Google: a geração de ganhos de eficiência e as condutas anticompetitivas	
<i>The Google paradox: the generation of efficiency gains and anticompetitives conducts</i>	42
O Controle de Concentrações em Plataformas Digitais: Uma Análise Crítica dos Limites e Potencialidades do art. 88, §7º da Lei nº 12.529/2011	
<i>Merger Control and Digital Platforms: A Critical Analysis of the Limits and Potentialities of Article 88(7) of Law No. 12,529/2011</i>	67
A concorrência no ambiente digital e a necessidade de uma cooperação antitruste internacional: o digital markets act como regulação paradigmática?	
<i>Competition in the digital environment and the need for an international antitrust cooperation: the digital markets act as a paradigmatic regulation?</i>	87
Uso da marca como palavras-chave nos leilões de ferramentas de busca e o Direito Concorrencial	
<i>Use of the brand as keywords in search engine auctions and Competition Law</i>	104
Sede de quê? Efeitos da interferência política no setor de saneamento sobre o bem-estar e a expansão do sistema	
<i>Thirst for what? Effects of political interference in the sanitation sector on the welfare and expansion of the system</i>	124

Desafios regulatórios no setor financeiro: uma análise das transformações promovidas por fintechs no mercado de meios de pagamento no Brasil

Regulatory challenges in the Financial Sector: An assessment of transformations promoted by fintechs in the Brazilian Payment Methods market 143

Se, quando e como aplicar a Lei 14.470/2022 nas ações reparatórias por danos concorrenciais? Uma análise sobre a aplicabilidade no tempo das normas de Direito Material e Processual

If, when and how to apply the new private enforcement law no. 14.470/2022 in competition damage claims in brazil? An analysis on the applicability over time of substantive and procedural law rules 172

Cartéis em licitações públicas: Análise da jurisprudência do Cade envolvendo a pena de proibição de participar em licitações públicas

Cartels in public procurement: Analysis of Cade jurisprudence involving the penalty of suspension from participating in public tenders 192

APRESENTAÇÃO

A Revista de Defesa da Concorrência (RDC) alcança a sua segunda edição de 2023 com o propósito de posicionar a cultura da livre concorrência em uma perspectiva mais abrangente e multidisciplinar.

Nesse sentido, um passo dado foi a aproximação com o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) para promover a Revista. A RDC também foi divulgada junto a diversos Programas de Pós-Graduação (Direito, Economia e Administração) brasileiros e às agências reguladoras. Incentiva-se assim que temas transversais como os mercados regulados, a propriedade intelectual e a inovação, entre outros, surjam associados à defesa da concorrência como forma de fortalecer essa área do conhecimento. Vale reforçar que a classificação da RDC no Qualis A3 da Capes (quadriênio 2017-2020) abrange não só a área de “Direito”, mas também de “Economia”, “Engenharias I” e “Administração Pública e de Empresas, Ciências Contábeis e Turismo”.

Como reflexo desse trabalho, encerramos o ano com um aumento no número de submissões, mantendo a nossa intenção de publicar 10 artigos por semestre. Que 2024 seja mais um ano de realizações para a Revista e para todos.

Nesta vigésima segunda edição (volume 11, nº 2), a Revista inicia com um artigo que explora a forma pela qual a regulação da concorrência pode ser utilizada como mecanismo para proteger a privacidade e a proteção de dados nos mercados digitais. Em seguida encontra-se a pesquisa que apresenta como as características do metaverso impactam na defesa da concorrência e do consumidor, trazendo a necessidade do uso de ferramentas da economia comportamental. O terceiro artigo identifica se ganhos de eficiência gerados por agentes econômicos são relevantes para a análise concorrencial, bem como se o Google produz tais ganhos, capazes de compensar ou atenuar possíveis condutas anticompetitivas. O quarto artigo avalia se as ferramentas usadas pelo Cade são suficientes para lidar com atos de concentração em mercados digitais que não sejam de notificação obrigatória, de acordo com os critérios do art. 88 e art. 90 da Lei nº 12.529/2011. O quinto texto investiga de que modo a União Europeia, por meio da adoção do DMA, tem regulado a defesa da concorrência no setor digital, em especial sobre as condutas adotadas pelas grandes empresas desse setor.

Dando sequência, o sexto artigo traz reflexões e proposições sobre a revisão da extensão que tem sido dada à proteção da marca nos leilões da Internet. O sétimo artigo explica de forma teórica as condições que resultam em uma interferência política sobre o processo regulatório em um contexto de regulação por preços, para uma região que ainda não atingiu a universalização dos serviços, bem como testa as principais conclusões do modelo empiricamente. O oitavo trabalho demonstra a relevância do surgimento das fintechs e da regulação jurídica associada a intervenções de ordem regulatória e concorrencial para o aumento da inovação e da concorrência. Além disso, verifica como o sandbox regulatório surge como resposta institucional aos desafios de equilibrar objetivos de concorrência, inovação e estabilidade financeira, mediante a análise de sua aplicação em projetos do setor de pagamentos.

Continuando a exposição dos textos, o nono artigo da RDC averigua a natureza das novas normas trazidas pela Lei nº 14.470/2022, classificando-as como material e processual, analisando as hipóteses de aplicação das disposições nas ações reparatórias por danos concorrenciais já extintas,

ainda pendentes, e que ainda não foram iniciadas (1029). Finalmente, o último artigo que encerra as pesquisas desta edição aborda o contexto das sanções previstas na Lei de Defesa da Concorrência (LDC), entre as quais figura a proibição de licitar. Esse texto examina a jurisprudência do Cade para identificar os critérios utilizados que justificam a aplicação dessa sanção nas decisões proferidas, assim como a forma pela qual esses critérios foram empregados.

A Coordenação Editorial agradece a todos os autores e avaliadores dos artigos que contribuíram para a realização desta publicação. Ao público da RDC, agradecemos pelo interesse na revista e desejamos uma excelente leitura.

Alexandre Cordeiro Macedo

Presidente do Cade

Luis Henrique B. Braido

Editor-chefe da RDC

1

BIG TECHS, DATA PROTECTION, AND COMPETITION REGULATION IN A DATA-DRIVEN ECONOMY: A MULTIDISCIPLINARY APPROACH ¹

Big Techs, Proteção de Dados e Regulação de Concorrência em uma Economia Baseada em Dados: uma abordagem multidisciplinar

Amanda de Castro Cavallaro²

Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) – Porto Alegre/RS, Brasil

STRUCTURED ABSTRACT

Context: The rapid growth of the Information Economy and the consolidation of the Big Tech Monopoly in Digital Markets have made privacy and data protection a central concern for consumers and regulatory authorities worldwide. The increasing relevance of personal data as both a market asset and a fundamental right has highlighted the need for new regulatory approaches to address these issues.

Objective: This article aims to explore how competition regulation can be used as a mechanism to protect privacy and data protection in the digital markets.

Method: The research employs a qualitative approach through a critical analysis of relevant literature, including legal documents and reports from regulatory authorities. The analysis is conducted through a perspective that integrates competition regulation and privacy and data protection matters. In addition, its theoretical references are Shoshana Zuboff and Evgeny Morozov, besides other instruments of national and international regulatory law.

Conclusions: The study concludes that competition regulation can play a vital role in protecting privacy and data protection in the digital markets. By promoting competition and preventing anti-competitive behavior by dominant players, competition law can help to create an environment where privacy and data protection are prioritized by companies. Additionally, competition policy can

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

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

1 **Recebido em:** 09/07/2023 **Aceito em:** 06/11/2023 **Publicado em:** 21/12/2023

2 Mestranda em Direito Europeu e Alemão no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (PPGD-UFRGS), em cooperação com o Centro de Estudos Europeus e Alemães (Zentrum für Deutschland und Europastudien). Pós-graduanda em Direito Empresarial na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Advogada e Coordenadora do núcleo de Privacidade e Proteção de Dados do Martinelli & Guimarães Advocacia. Mentoranda do Women in Law Mentoring (WLM). Membro da Diretoria de Articulação do WiCADE (WIA-CADE). **E-mail:** cavallaro.amandac@gmail.com

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7666625008508878> **ORCID:** <https://orcid.org/0009-0007-6913-2561>

complement data protection regulation by providing an additional layer of protection for consumers.

Keywords: competition regulation; digital markets; Big Tech; monopoly; privacy; data protection.

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: O rápido crescimento da Economia da Informação e a consolidação do monopólio das Big Techs nos Mercados Digitais tornaram a privacidade e a proteção de dados uma preocupação central dos consumidores e das autoridades reguladoras em todo o mundo. A crescente relevância dos dados pessoais como um ativo de mercado e um direito fundamental tem destacado a necessidade de novas abordagens regulatórias para tratar destas questões.

Objetivo: Este artigo tem como objetivo explorar como a regulação da concorrência pode ser utilizada como um mecanismo para proteger a privacidade e a proteção de dados nos mercados digitais.

Método: A pesquisa emprega uma abordagem qualitativa por meio de uma análise crítica da literatura relevante, incluindo documentos legais e relatórios de autoridades reguladoras. A análise é conduzida a partir de uma perspectiva que integra a regulação da concorrência e a matéria de privacidade proteção de dados. Além disso, possui como referências teóricas a Soshana Zuboff e o Evgeny Morozov, para além das demais normas do direito regulatório nacional e internacional.

Conclusões: O estudo conclui que a regulação da concorrência pode desempenhar um papel vital na proteção da privacidade e da proteção de dados nos mercados digitais. Ao promover a concorrência e impedir comportamentos anticompetitivos por jogadores dominantes, a lei da concorrência pode ajudar a criar um ambiente onde a privacidade e a proteção de dados são priorizadas pelas empresas. Além disso, a política de concorrência pode complementar a regulação da proteção de dados, fornecendo uma camada adicional de proteção para os consumidores.

Palavras-chave: regulação da concorrência; mercados digitais; Big Tech; monopólio; privacidade; proteção de dados;

Classificação JEL: K21; K24; L12; O33.

Summary: 1. Introduction; 2. Informational Economy, Digital Markets and Privacy; 3. Big Techs Monopoly, behavioral profiling and “instrumentarian power”; 4. Competition Regulation in the Informational Economy; Conclusion; References.

1. INTRODUCTION

The beginning of the 21st century is marked by a series of events and social, political, economic changes, in addition to an exponential technological development that has revolutionized the world and the way individuals interact with it. In this context, it is possible to state that technological development has been driven by profit, and has even been one of the pillars of the history of technology itself. Thus, as technology evolved, the economic relations that involved it also prospered, just as society molded itself in this new paradigm of what we have come to call the “Information Age”.

From this perspective, data began to play a key role in economic relations, while surveillance



became the foundational mechanism of this new form of market. The abrupt rise of the Silicon Valley giants implied a series of consequences – social, economic, political – and, among them, the weakening of privacy and data protection, which is the focus of this paper.

In June 2019, the United States House of Representatives began investigating the actual parameters of competition from tech giants, in particular, the market domination exercised by Big Techs. The intention was to determine the power wielded by the giants, such as the consequences of economic domination and threats to American democracy. Nevertheless, the subcommittee analyzed the existing antitrust laws, such as competition policies and their efficiency as a way to check how adequate they are to manage the digital market power and its competition conducts. For example, each platform acts as a gatekeeper over a key distribution channel, as it is possible to observe, for example, Meta (formerly Facebook), which holds evident domination over communication platforms, since it alone owns Facebook, Messenger, Instagram, WhatsApp. In this sense, by controlling access to markets, the technological giants have the power to choose the winners and losers throughout our economy.

The report revealed that each platform uses its gatekeeper position to maintain its market power to control the infrastructure of the digital age by acquiring other companies – potential rivals – in order to cut down on their competitive threats. In this sense, Mark Zuckerberg himself, when speaking on the subject, did not deny that he saw Instagram as a threat, which motivated the acquisition of the application in 2012, for the amount of one billion dollars, such an event caused a real shock in market economists, considering that at the time Instagram was a company with only 13 employees.

The lack of real competitiveness has led the technology giants to establish a low standard of data protection and privacy protection. In this conjuncture, even though privacy and personal data have received the status of fundamental rights of individuals, enshrined in constitutions such as the Brazilian Federal Constitution and in international treaties such as the Universal Declaration of Human Rights, tech companies still maintain a predatory posture towards personal information of users.

The rise of the Informational Economy and the dominance of Big Tech companies in digital markets have brought privacy and data protection to the forefront of consumer and regulatory concerns. The increasing relevance of personal data as both a market asset and a fundamental right has highlighted the need for new regulatory approaches to address these issues. This article aims to explore how competition regulation can be used as a mechanism to protect privacy and data protection in the digital markets, with a multidisciplinary approach that integrates legal, economic, and technological perspectives.

For its purpose, this article is divided into three main parts. Firstly, it discusses the transformation of the economy with the rise of digital technologies, characterized by the increasing importance of data as a strategic asset, and the emergence of digital markets dominated by Big Tech companies. Continually, the second topic, addresses the intersection between competition and data privacy concerns, focusing on the practice of behavioral profiling and the potential for “instrumentarian power”. At last, the article explores the potential role of competition regulation in protecting privacy and data protection in the digital markets, with a particular emphasis on the Digital Markets Act (DMA) proposed by the European Commission.

By examining the intricate connection between competition regulation and privacy and data protection, this article offers an overview of the challenges and opportunities of creating a more

sustainable and equitable digital economy. By all means, it elucidates the way in which Big Techs companies leverage their power to consolidate their dominance, especially when they exploit their role as intermediaries to strengthen and extend their control. This way, by adopting a multidisciplinary approach that considers legal, economic, and technological factors, this article aims to highlight the importance of policymakers and stakeholders cultivating an effective solution that balances the benefits of digital innovation with the need to protect fundamental rights and values in the digital age, as the competition regulation in the digital markets, that, although cannot guarantee absolute privacy and data protection, it is indispensable for curbing the hegemony of large technology corporations and promoting healthy competition.

2. INFORMATIONAL ECONOMY, DIGITAL MARKETS AND PRIVACY

It is important to note that the rise of Big Techs – understood as large technology companies associated with platforms for intensive use and exploitation of data (MOROZOV, 2018, p. 144) – happened at a minimally curious historical juncture. Following the global financial crisis of 2008, an unfavorable scenario overlapped by the Silicon Valley giants, and as the economy began to recover, Big Techs found a fertile ground for significant, unbridled and, above all, unnoticed growth, this being one of the temporal milestones that favored their accelerated growth.

After 2008, the globe was facing the biggest economic disaster since 1929, scenario that the Big Techs appeared as true “saviors” of the economy. The rise of tech giants succeeded in part because they helped in coping with the crisis, since they provided institutions or citizens with the ability to supplement their budgets and revenues through new sources of income, as well as enabling a radical reduction in costs (MOROZOV, 2018, p. 144). Similarly, over 10 years later, the Covid-19 health crisis boosted the increasingly widespread digitalization of various aspects of human life, since lockdowns and remote working have enlarged demands for a rang of big tech’s offerings (KSHETRI, 2020, p. 10).

Notwithstanding the social role that Big Techs played, the expansion of these companies also sustain a smooth transition to a new economic model, which would come to be known as the information economy. It is important to note that, in general, privacy tends to be renegade before values involving national security, terrorism, efficiency, or entrepreneurship (DIAS, 2017, p. 172). Which is precisely the combination of circumstances observed in that conjuncture, favoring the rise of the tech giants.

As it was, the rise of Big Techs is not – and should not be – understood as a symptom of the great global financial crisis, instead, it appears as a solution amidst the tribulation of the time, and very ambitiously, as a promise of a new economic and political commitment, a New Deal 2.0 (MOROZOV, 2018, p. 145). Thus, while the giants presented themselves as a way out of the crisis, the Big Techs gauged one of the facilitators that enabled their exponential and indiscriminate growth. By all means, it is important to note that technological innovations were still exciting for users at that moment, so the idea of personal technology use as a device that could cause harm was only an academic debate, which was not taken seriously by popular culture, instead, the possibility of a media that was accessible to the entire population was considered a democratizing force. It was not expected, however, that the strengthening of the technology giants, as it happened, would turn into a democratic threat, as can be seen today.



Under the premise of national security and the fight against terrorism, the loosening of the right to individual privacy has been increasingly perceived, leading to surveillance practices. This phenomenon can be observed since surveillance has become increasingly present, made possible by the expansion at a frenetic pace of permissive legislation to collect data.

In this sense, Google, considered as the pioneer of this new economic model, also benefited from the premise of national security, inflated by the events of the time, especially the September 11 attacks. The government itself was inclined to support, emulate, safeguard, and take ownership of the emerging capabilities of surveillance capitalism in the name of complete knowledge and the assurance of absolute certainty (ZUBOFF, 2019, p. 24).

Although data protection legislation dates back to the mid-twentieth century, such as the Hessian Law of 1970, in Germany, a distinct trend towards more restrictive and invasive surveillance practices was observed, resulting from the abrupt change of focus of the public power and government policies after the attack on the twin towers in 2001 (LYON, 2003, p. 7). Thus, Big Techs, as creators and owners of technology – and guardians of citizens' data – unequivocally were already ahead in the development of surveillance mechanisms, to the extent that the fight against terrorism on behalf of national security, by softening the guidelines of data protection and privacy, contributed to the rise of Silicon Valley companies.

Meanwhile, a new social model was being organized in which information is the core element of economic development, so as to be the pillar around which society reorganizes and restructures itself. With technological development occurring at an increasingly accelerated level at all times, all kinds of information have become digitized. The exponential valorization of digital companies relies on the fact that they have control over the most important resource of the 21st century: data. Therefore, the key premise of data extractivism is that users are stocks of valuable information together with the fact that we “voluntarily” give up our information in exchange for enjoying the technology offered (MOROZOV, 2018, p. 165).

Against the background of the information economy, based on data extraction, the informational flow prevails over any other means of production as the determining resource in the economic cycle (BIONI, 2019, p. 10). Such that, from the moment that information becomes an asset, inevitably new market mechanisms will arise with the intention of exploiting the information, and transform it into a product. For example, there is the so-called zero-price advertisement business model, in which users do not directly pay a monetary amount for the product or service, however, in return, they provide their personal information (BIONI, 2019, p. 49).

Therefore, data is now used as an exchange currency, so without the provision of information the user will not be able to enjoy the product or service. Thus, the citizen is left with only two options: surrender his personal information or be excluded from the digital media – which make up a considerable part of social interactions. It is worth noting that despite the fact that data by itself already has considerable value, information is not in itself what leverages efficiency in business activity, but its processing-organization to be transformed into applied knowledge. In this way, the creation of the so-called behavioral profile of the user is observed, composed of traits of the individual's personality, based on the extraction of his personal data.

By the end of the 2000s, Google decided to abandon the reciprocal relationship it had with its users – which until then collected and recycled data in order to create a profile that brought satisfactory

results to customers – and started using its own arsenal of behavioral data, along with its computing power and expertise, with the sole task of matching advertisements with users' searches, with this data are transformed into marketable knowledge (ZUBOFF, 2019, p. 75). Therefore, from the possibility of reorganizing data and structuring them in a scalable way – especially with the development of Big Data – the development of a new market supported by the extractivism of data and its “commodification” was observed (BIONI, 2019, p. 13). Thus, the capitalism of surveillance arises, in which the citizen loses autonomy over his information, positioning himself as a mere spectator of his data.

It is in this particular context that surveillance capitalism has emerged as a novel market phenomenon that operates on a distinctive logic of accumulation. It relies heavily on surveillance as a foundational mechanism to convert investment into profit, with privacy being the cost of accessing the abundant rewards of digital goods, information, and connectivity that consumers demand. The market structure that underpins the informational economy is known as surveillance capitalism.

Not only was the economic crisis a considerable fertile ground, but the technology giants also counted on the American anti-terrorist fight frenzy, especially after the events of September 11, which led to the devaluation of the right to individual privacy in favor of surveillance and national security (ZUBOFF, 2019, p. 112). This is another factor that made it possible for data to be collected on a massive scale. As a result, the formation of an informational economy based on the extraction of data was observed.

Furthermore, the establishment of a new dominant economy in the market, the informational economy, which has as its epicenter the data, provided by users itself. In this scenario, data has become the most valuable asset of contemporaneity, having even surpassed oil in market value (THE GREAT... 2019). Although the information collected by technology companies alone had enormous economic value, it is worth noting that when cross-referenced, it became capable of creating a behavioral profile of each user (NYBO, 2019, p. 146).

In this matter, the Facebook-Cambridge Analytica case is considered a major watershed regarding discussions of data analysis for behavioral profiling and its use for economic, political, and individual personality manipulation. In the words of Christopher Wylie – former research director of Cambridge Analytica – the company was characterized as a military and psychological manipulation contractor for information warfare, which comprised a complex web involving Facebook, Russia, WikiLeaks, the Trump campaign, and the Brexit referendum (WYLIE, 2019, p. 9).

As Brittany Kaiser points out in the documentary “The Great Hack”, Cambridge Analytica had full knowledge that their targeting tool was considered a weapon, and they used it anyway to manipulate and make the world be seen through their lens (THE GREAT..., 2019). In a way that “new automated protocols are designed to influence and modify human behavior at scale as the means of production is subordinated to a new and more complex means of behavior modification” (ZUBOFF, 2019, p. 25).

Hence, Cambridge Analytica used aspects of users' individual personality – by illegitimately collecting information through the user's Facebook profile and friends – to shape a voter profile of each user. Based on this engineering, they were able to identify those they considered to be “influenceable”, whom would be targeted with oriented advertising, in order to shape how they saw the world and thus entice their behavior in the 2016 election (THE GREAT..., 2019). In this regard, the electoral operation prepared by Cambridge was essentially responsible for the unexpected victory of Trump, who took advantage of this engineering of personal data to mobilize electoral public opinion,



especially of those most susceptible to convincing, through the dissemination of fake news.

Thus, it is observed that the Cambridge Analytica controversy was an event that revolutionized the discussions about the way Big Techs manage users' personal information. On point, it is worth noting that the event highlighted the risks that the monopoly of technology giants can bring to the rights of individuals, in their intimate sphere and in relation to their dignity. In addition to demonstrating the economic and political power that these private companies wield; they also represent a threat to democracy.

Although this development was originally aimed at creating targeted marketing, the creation of a behavioral profile had several reflections on the personal life of the holder of the information, affecting much more than their purchasing pattern, but their interpersonal relationships and their psyches. Therefore, it is clear that Big Techs have relied on several factors, social and economic, in addition to technological development itself for their growth. In this sense, "technology is not and never can be a thing in itself isolated from the economy and society" (ZUBOFF, 2019, p. 21). Thus, the rise of the technological giants of Silicon Valley is grounded by the historical milestones that favored its exponential development.

The role of information as a means of optimizing economic development predates even the creation of the internet. However, it was due to technological changes that it was possible to glimpse a series of economic, social and cultural changes, which made possible an environment of radical transformation (BENKLER, 2006, p. 1), and is perceived as the "Internet Revolution" since "Internet is, above all, a cultural creation" (CASTELLS, 2001, p. 7).

Therefore, the creation of the "Informational Economy" is observed and understood as a phenomenon that operates as a kind of electronic nervous system in which information and personal data start to have a predominant role over the means of production (BIONI, 2019, p. 11). Thus, it is glimpsed that the change brought about by digital media is profound and structural, starting from the very foundations of how markets and liberal democracies have developed over the last two centuries (BENKLER, 2006, p. 1).

3. BIG TECHS MONOPOLY, BEHAVIORAL PROFILING AND "INSTRUMENTARIAN POWER"

Although monopoly is a culturally unacceptable practice – in which companies carried with them the virtue of competition – the technological giants barged in the market carrying not only technological innovations, but the longing for monopoly. Within this context, we witness a rupture of the traditional American market's virtues, as the Big Techs of the Silicon Valley perceive their concentration of power as a critical social asset, believing that it is the key to achieving global harmony and undoing the alienation of humanity (FOER, 2017, p. 18).

In the digital age, the global economy is increasingly characterized by data-driven processes that harness personal data at their disposal to shape our online experiences and, by extension, our real-world behaviors, "instrumentarian power", in a way that Big Tech companies occupy a central role at the intersection of competition and data privacy.

In light of this, the US House of Representatives not only produced sufficient evidence of the

dominance exercised by Silicon Valley giants, but also observed that these companies control the market in their respective sectors while competing only with each other. This position allows Big Techs to dictate rules to other companies while maintaining a power game within their own regulations (US HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2022, p. 2). In this regard, Morozov (2018, p. 146) asserts that the rapid rise of digital platforms has produced a parallel, virtually invisible, privatized welfare state.

Regarding Big Techs, it is understood that the control of a platform over data not only consolidates its dominant position – as it allows platforms to adapt their services according to demand – but also confers an advantage over other lines of business (KHAN, 2016, p. 785). Furthermore, the Brazilian antitrust authority, Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade), in its working document on competition in digital markets, concluded that Big Techs possess all the characteristics that consolidate their market power, enabling them to earn economic rents without facing threats from new competitors. Not only, it was possible to verify that the entry of new competitors into markets already dominated by Silicon Valley giants has been extremely difficult, allowing them to charge high prices, reduce product quality, and invest less in innovation without the risk of losing consumers (LANCIERI; SAKOWSKI, 2020, p. 34).

Additionally, the Silicon Valley giants, as dominant platforms, have in many cases also integrated into adjacent businesses in such a way as to act as key intermediaries for both third-party companies, typically smaller ones, and their direct competitors. In this context, based on the compilation of numerous significant reports by the US House of Representatives, it was not only possible to identify but also to document the monopoly power exercised by the Silicon Valley giants and how these dominant platforms can exploit this dual intermediary role through data exploitation, self-preferencing, appropriation of key technologies, and abrupt changes in platform policies (US HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2022, p. 30).

Under this matter, and parting from another perspective, while each Big Tech acts as a monopolist in its respective field, it's conceivable to argue that their overall market behavior might appear inconsistent with that of a monopoly, suggesting the existence of some form of oligopoly among the technology giants as a whole. From this perspective, an “alternative concept for characterizing the state of large-scale technological competition as that of ‘mologopoly’” (PETIT, 2020, p. 153) arises, in which Big Techs compete against each other, or on a smaller scale, against smaller companies.

Despite these noteworthy outlined inconsistencies, it would still be unreasonable to disregard the power exercised by Big Techs, in the process of its characterization as a monopoly. As a matter of fact “even if a company does not operate alone in the market, it may still hold such (i.e. significant) economic power that it can act independently and with indifference to the presence or performance of other players (FORGIONI, 2022, p. 268). As long as Big Techs control key distribution channels and act as gatekeepers, a large swath of businesses across the US economy – and the world – will remain dependent on them to access users and markets.

At last, the monopolies of Big Techs are characterized by various instances of power that go beyond the realm of economics and into social and political aspects as well. To the point, the issue with the techno-utopian stories propagated by Silicon Valley is that they tend to overlook the full extent of the current crisis and fail to acknowledge the impact of their own agendas on their social and political rhetoric (MOROZOV, 2018, p. 162). As a consequence, this lack of transparency regarding their intentions and motives undermines the credibility of their narratives and hinders



the development of more nuanced and effective solutions to the challenges posed by technology in society. Therefore, the dominance exerted by technology giants, both in economic and social-political aspects, is sufficient to characterize their monopolies.

The high costs and large network effects constitutes real barriers to the entry of new players in the digital markets already dominated by the tech giants, in face of the enormous difficulty to offer goods or services on a competitive level or even enter the market (KOURY; OLIVEIRA, 2022, p. 97). Subsequently, the Cade concluded that Big Techs hold all the characteristics that consolidate their market power, so as to allow them to earn economic profits without being threatened by new competitors. In addition, it was possible to verify that the technological giants to have the power to charge high prices, lower the quality of their products and invest less in innovation without the risk of losing consumers (LANCIERI; SAKOWSKI 2020, p. 34).

Also, it is worth noting that the Silicon Valley giants, as dominant platforms, have in many cases also integrated themselves into adjacent businesses in such a way as to act as key intermediaries for both usually smaller third-party companies and their direct competitors and how these dominant platforms can exploit this dual role as intermediaries, through data mining, self-preferring appropriation of key technologies, and abrupt changes in a platform's policies. Not only that, “dominant platforms exploit this gatekeeper power to dictate terms and extract concessions that third parties would not consent to in a competitive market” (US HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2022, p. 29).

Understanding the way in which Big Techs have instrumentalized such power is essential to realizing the extent of the impacts resulting from their market dominance. As data controllers, digital platforms have the option to make use of personal information in ways that are more or less beneficial to users. So while tech giants can use data to improve offerings and make service faster and more individualized, they also have the power to simply collect and store data for its value or competitive advantage (SHELANSKI, 2013, p. 1689). The monopoly of technology giants represents more than an economic threat, it represents a threat to democracy as we know, and as Big Techs consolidate their monopoly and acquire even more power, the bigger they get, including parallelly to the Govern State.

On point, there is no doubt that Big Techs can either choose to establish strict security and privacy standards to protect users' data, or to deprioritize data protection and so use the personal information for their own benefit and against the interests of the data owners. Therefore, since the technology giants have the power to determine how they will dispose of individuals' personal information – regardless of how damaging it is to the privacy of the users – and still succeed in keeping them as consumers, this feature is proof of the power and market dominance of platforms in the digital economy.

In this matter, taking as a historically premise that the ability to control information has been a fundamental factor in shaping the distribution of power within societies (DONEDA, 2020, p. 34), it is observed that the way in which companies carry out the extractive operations of user data, starting from a qualitative perspective, represents a direct expression of their monopolistic power (SRINIVASAN, 2019, p. 44). As such, a company's dominance over a certain digital market segment allows it to abuse consumers' privacy without losing customers – if they do not wish to renounce the service in its entirety, as they have no choice but to submit to fragile data protection standards – highlights that every single promise made by Big Techs is made so that we can only enjoy it to the

fullest if we surrender completely and give up our privacy (MOROZOV, 1984, p. 171).

Continuously, it is worth noting that “the fact that the product is free falsely diverts attention from what antitrust policymakers and economists are most comfortable paying attention to: price” (SRINIVASAN, 2019, p. 44). However, it should be kept in mind that “a platform’s ability to maintain strong networks while degrading user privacy can reasonably be considered equivalent to a monopolist’s decision to raise prices or reduce product quality” (US HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2022, p. 40). In the absence of genuine competitive threats, the dominant company offers fewer privacy protections than it would otherwise, with the aim to extract more data, and further consolidate its dominance.

Nevertheless, the Silicon Valley giants use abusive practices – by exploiting their role as intermediaries – in order to strengthen and expand even more their dominance. Whether through self-preference, predatory pricing, or exclusionary conduct, Big Techs have exploited their power in an effort to become even more dominant, making it impossible for potential competitors to emerge and develop that could challenge their dominance. Therefore, the monopolization of public markets can lead to the establishment of a “private government”, controlled by a small group of people who hold the monopoly, as corporations, once merely an efficient tool employed by individuals to conduct private business, have become an institution that has brought such a concentration of economic power capable of dominating the State (U. S. SUPREME COURT, 1933).

As the surveillance capitalism, the market-oriented structure of the digital economy, behaves as “a coup from above, not an overthrow of the state but an overthrow of the people’s sovereignty and a prominent force” (ZUBOFF, 2019, p. 33) in the dangerous trend toward democratic deconsolidation. Hence, the technology giants have managed to develop a digital apparatus by which they impose their will, and exert their influence through a tangible, computational, interconnected puppet that observes, calculates, and alters human conduct. They use this infrastructure to establish a method of characterizing and – specially – modifying behavior, which it is called “instrumentarian power”, replacing the traditional practice of soul engineering with behavior engineering.

In this context, the instrumentarian power aims at organizing, enticing, and tuning the whole social body in order to obtain some kind of social confluence that replaces the role of politics and democracy with group pressure and computational certainty, resulting in the extinguishment of our perception of reality and the purpose of individual social existence. Therefore, the instrumentarian power configures a real democratic threat by continuously renewing capitalism's grip on society's learning division, leading to a constant erosion of our freedom (ZUBOFF, 2019, p. 389).

For this reason, the concern about the consolidation of Big Techs' monopolies is in the political as well as the economic sphere, given that technology giants threaten the ideal of a democracy whose power is distributed and decentralized (PETIT, 2020, p. 6). Therefore, without a doubt, Big Techs have real influence over the economy, politics, and the most aggravating, the individual, since their power is instrumentalized in order to conduct the users’ behavior in their favor. In a way that the structuring of a new type of commerce is observed and relies on interference in the waiting of the personality by means of behavioral modification, from which it remakes human nature in the name of the certainty of profit.



4. COMPETITION REGULATION IN THE INFORMATIONAL ECONOMY

Once established the premises of the Big Techs' monopoly power in the digital economy, it is essential to analyze the impacts resulting from this dominance and seek solutions that restore users' autonomy over their data, restore democracy, and foster a market composed of fair competition. Although the antitrust enforcement focused on innovation increased since late 20th century, evidenced by the 1995 federal guidelines on intellectual property licensing (KOVACIC; SHAPIRO, 2000, p. 57), in the case of Big Techs, it is possible to observe that these companies command the market, each in their respective field, while competing only among themselves.

At first, technology companies' invasions of privacy were allegedly fueled by the absence of specific legislation – both data protection and antitrust – that placed limits on the advance of platforms, in addition to the alleged reciprocal interest of technology companies and government intelligence in abusive surveillance practices (ZUBOFF, 2019, p. 31). However, as the social, economic, political consequences of technological monopolies became more evident and recurrent, the need for a more active state intervention was realized.

From this perspective, the monopoly of Big Techs treats personal data way more aggressively than in a scenario where there would be a solid market competition and competitiveness, to the point that their domination over the market not only consolidates their economic power, but also defaces privacy (US HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2022, p. 40). This is a relevant discussion “as existing antitrust laws must remain the primary rules for the protection of market competition and no radical reform is needed” (PETIT, 2020, p. 7).

In this context, it is noted that competition regulation, especially in the digital markets, plays a very important role as a mechanism for preserving privacy and protecting personal data. In fact, the same way Glaeser and Shleifer (2003, p. 403) pointed out that regulation emerge “as a political response to the failure of private litigation to keep up with the community idea of justice”, Regulation can also be seen as a political response to the market's inability to self-regulate fairly and effectively, aiming at the community's well-being, serving as a mechanism designed to promote the community's interest and ensure that principles of equity are preserved.

Thus, it becomes evident that competition regulation, particularly in digital markets, assumes a critical role in safeguarding both privacy and personal data. As a matter of fact, it should be emphasized that – while the scenario with insufficient competition alone may lead to reduced product quality in many markets – this loss due to monopolization is even more pronounced in digital markets and in turn damaging to privacy and data protection, since product quality in digital media is often itself the relevant locus of competition. Therefore, “without transparency or effective choice, dominant firms may impose terms of service with weak privacy protections that are designed to restrict consumer choice” (US HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2022, p. 42).

A concrete example of the statement was the controversial update of WhatsApp's Terms of Use and Privacy Policy in Brazil, announced in early 2021. In light of this episode, Telegram – WhatsApp's biggest “competitor” communication platform – had in August of that year a peak in downloads, reaching the 1 billion users' mark (ROSA, 2021). It should be noted, however, that despite the uproar involving the referred controversy, just in a matter of a few days, everyone went back and continued using the application normally, as such permeate as the main means of communication

of Brazilians. Notwithstanding the weak privacy policy – widely known by the society – a few months later WhatsApp announced a new tool to users, enabling payments and transfers through the app, the “WhatsApp Pay” (INSTITUTO MILLENIUM, 2021). The new tool was easily introduced, even in the face of the security instability regarding data protection by the platform, serving as an example of how a monopolistic company can put users at risk, and still remain in control.

The dominance of Big Techs over certain segments, such as the case of WhatsApp – coupled with the lack of a real competitor – weakens privacy and data protection, and inevitably the user, since the latter is held hostage to the determinations and impositions of this monopoly. Antitrust laws have the potential to ensure fair competition among companies, and consequently provide data subjects with more autonomy and power over their information. It is given that “if two firms in a market are owned by the same people, those firms likely have less motivation to compete vigorously than would two firms owned by different people” (SHAMBAUGH; NUNN; BREITWISER; LIU, 2018, p. 12).

Fundamentally, Competition Law – understood in its true sense as a means of structural combat to power situations – as a way to guide and transform the operation of markets, exactly by fighting dominant economic power, since, above all, fighting economic power and its abusive exercise is nothing more than fighting the excluding individualism in market relations (SALOMÃO FILHO, 2021, p. xi). As seen, beyond the technological development itself, the real merit behind the rise of technological giants is in the deep relations established between companies and users, which began with “its disregard for the boundaries of private human experience and the moral integrity of the autonomous individual” (ZUBOFF, 2019, p. 24).

Among the several ways that one can endure to suppress competitors in a specific market segment, the “buy-or-bury” illegal practice stands out as a “common” tactic employed by the tech giants to maintain their dominance, especially after numerous failed attempts to develop innovative features, as occurred with the social networking giant Meta, formerly known as Facebook (FTC..., 2021, para. 1). In advance, it is important to remember that Facebook is still a social network with a user base of over two billion people – and alone has control over 80% of the time the average user spends using social media – making the platform one of the most powerful method of personal discourse, which is a clear reflection of its monopoly power in the social media segment and evokes the sense that others social networks with fewer users don’t even have a chance to compete (SRINIVASAN, 2019, p. 45).

It is in this precisely context that Meta had acquest two of its biggest rivals: Instagram, in 2012, and WhatsApp, in 2014. Notwithstanding the company's attempt to deny its monopoly and its anti-competitive practices, it is a fact that Meta, since its founding, has acquired over 90 companies, most of which were startups and while on the surface many of these mergers may have – at least appeared to have – positive economic benefits, they inevitably provide a strategic means for dominant firms to solidify and protect their dominance (GLICK; RUETSCHLIN, 2019, p. 4). This underscores the fact that the company consolidated its monopoly, severely by hampering the ability of its competitors to even exist in the same segment. Such a fact that aligned with the purchase of the small innovative companies that have the potential to eventually become a competitor, Meta has vitiated the entire competitive process, annihilated competition and limiting consumer choice (FTC..., 2021, para. 5).

Therefore, the concern regarding the containment of monopolies and their role in protecting privacy and personal data protection is evident. However, it is necessary to keep in mind that competition regulation by itself is not capable of promoting privacy and personal data protection,



since market competitiveness alone is not capable of ensuring that Big Techs develop a commitment to care about the treatment of users' personal information (PETIT, 2020, p. 246). Nevertheless, it doesn't mean that the antitrust laws don't have significant value in addressing the privacy and data protection issue as part of its regulation – as does by tackling monopolies – particularly given that “entrenched power of firms with weak privacy protections has created a kill zone around the market for products that enhance privacy online” (US HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2022, p. 37).

Competition regulations targeted at digital markets are being increasingly discussed and implemented worldwide. The DMA designed by the European Union serves as a prime example of such regulation. The DMA identifies gatekeepers who offer core platform services and possess significant economic power (EUROPEAN UNION, 2022, p. 2). This novel instrument departs from conventional measures of market intervention, as it considers not only a company's dominance in the market but also its qualitative characteristics and the services offered. As well explained by Forgioni (2022, p. 188) “the European Union sees the opening, the possibility of access, the competition and the competitiveness structure of the market as mechanisms capable of promoting economic welfare, competitiveness and integration of the markets in its territory”.

The development of competition regulation in digital markets directly reflects on privacy and data protection enforcement, as it strives to restrain the dominance of Big Tech companies and underscores the state's willingness to interfere with market structures whenever necessary to ensure competitiveness (SALOMÃO FILHO, 2021, p. 28). In fact, the regulation of Digital Markets

would not only promote an increase of sales through smaller platforms but would also impact positively the market growth. It would strengthen confidence in the platform business environment. The benefits expected would enhance the potential of innovation amongst smaller businesses as well as improving the quality of service and therefore the consumer welfare. Once implemented, the foreseen interventions would reduce competitive asymmetries between gatekeepers and other platforms (BAGNOLI, 2021, p. 150).

According to Recital 36 of the DMA, Big Techs – classified as Gatekeepers – possess an advantage resulting from the personal data treatment for online advertising purposes. This advantage creates a barrier to entry for smaller players, who will struggle to accumulate similar amounts of data. To prevent any undermining of competition, Gatekeepers “should enable end-users to freely choose to opt-in to such data processing and sign-in practices by offering a less personalized but equivalent alternative, and without making the use of the core platform service or certain functionalities thereof conditional upon the end-user's consent” (EUROPEAN UNION, 2022, p. 9).

At last, while competition regulations cannot guarantee privacy and personal data protection, they are essential to turning down the Big Tech's dominant power and promoting a more competitive market. The DMA is an example that by restraining the dominance of Big Tech and reducing competitive asymmetries between gatekeepers and other platforms, ultimately benefiting the market growth, innovation and consumer welfare, as well as privacy and users' personal data protection.

CONCLUSION

The rise of the Informational Economy and the dominance of Big Tech companies in digital markets have brought privacy and data protection to the forefront of consumer and regulatory concerns. As the importance of personal data continues to grow, there is a pressing need for new regulatory approaches to address the complex challenges posed by the digital era.

This article has explored how competition regulation can be used as a mechanism to protect privacy and data protection in the digital markets. To this purpose, it was demonstrated how the transformation of the economy with the rise of digital technologies happened, characterized by the increasing importance of data as a strategic asset, and the emergence of digital markets domination power by Big Tech companies. Afterwards was addressed the intersection between competition and data privacy concerns, focusing on the practice of behavioral profiling and the misuse of the “instrumentarian power”.

To address these concerns, it was shown that competition regulation can play a vital role in protecting privacy and data protection in the digital markets, by promoting competitiveness and preventing anti-competitive behavior by dominant players. As such, competition law can help to create an environment where effective competitiveness exists and motivates better standards for privacy and data protection between competitors’ companies. As a case in point, the DMA of the European Union was chosen as a reference of how competition regulation can be used to address these issues. Hence, the DMA seeks to establish rules for large online platforms that have significant market power, imposing obligations related to data access and portability, and requiring transparency in data practices. By integrating privacy and data protection concerns into competition policy, the DMA represents a significant step towards creating a more sustainable and equitable digital economy, without overriding the already specific existing regulations addressing privacy and data protection, like the General Data Protection Regulation (GDPR).

Moreover, regulatory authorities can also play a role in promoting competition in the digital markets by enforcing antitrust laws and preventing dominant players from engaging in anti-competitive practices, such as abusing their market power or engaging in exclusionary conduct. By promoting competition, regulators can also help to reduce the risks associated with concentrated market power, including the potential for abuse of personal data.

Overall, this article provides insights into the complex relationship between competition regulation and privacy and data protection, highlighting the importance of a multidisciplinary approach to addressing these critical issues in the digital era. As the digital economy continues to evolve, it is essential that we continue to engage in robust discussions and collaborations to develop effective and balanced regulatory frameworks that prioritize privacy and data protection while also promoting competition and innovation.

REFERENCES

BAGNOLI, Vicente. Designing competition policy in digital markets for developing economies: how the EU can contribute with the digital markets act and Digital Services Act. **Revista de Defesa da Concorrência, Brasília**, v. 9, n. 2, p. 133-158, 2021. DOI: 10.52896/rdc.v9i2.957. Available at: <https://bit>.



ly/49oDitw. Accessed on: 19 fev. 2023.

BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks**: How Social Production Transforms Markets and Freedom. New Haven: Yale University Press, 2006.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais**: a função e os limites do consentimento. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CASTELLS, Manuel. **The Internet Galaxy**: Reflections on the Internet, Business, and Society. Oxford: Oxford University Press, 2001.

DIAS, Patricia Yurie. Regulação da Internet como Administração da Privacidade. **Journal of Law and Regulation**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 239-254, 2017. Available at: <https://bit.ly/3Mvq5VL>. Accessed on: 1 dez. 2021.

DONEDA, Danilo Cesar Maganhoto. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

EUROPEAN UNION. Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act). **Official Journal of the European Union**, Bruxelas, v. 65, n. L 317, p. 1-62, 2022. Available at: <https://bit.ly/40ptWt3>. Accessed on: 22 Jan. 2023.

FOER, Franklin. **World without mind**: the existential threat of Big Tech. New York: Penguin Press, 2017.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

FTC alleges Facebook resorted to illegal buy-or-bury scheme to crush competition after string of failed attempts to innovate. **Federal Trade Commission**, Washington, 19 ago. 2021. Available at: <https://bit.ly/3Qok6TN>. Accessed on: 10 mar. 2023.

GLAESER, Edward, L.; SHLEIFER, Andrei. The Rise of the Regulatory State. **Journal of Economic Literature**, Pittsburgh, v. 41, n. 2, p. 401-425. 2003. Available at: <https://bit.ly/3tZkssB>. Accessed on: 22 oct. 2023

GLICK, Mark; RUETSCHLIN, Catherine. **Big Tech Acquisitions and the Potential Competition Doctrine**: The case of Facebook. New York: Institute for New Economic Thinking, 2019. (Working Paper Series, 104). Available at: <https://bit.ly/3u2rCfF>. Accessed on: 3 dez. 2021.

INSTITUTO MILLENIUM. Entenda como funciona o WhatsApp Pay. **Revista Exame**. [S. l.], 29 jul. 2021. Available at: <https://bit.ly/463Gcam>. Accessed on: 03 dez. 2021.

KHAN, Lina M. Amazon's Antitrust Paradox. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 126, p. 710-805, 2017. Available at: <https://bit.ly/3xtFiQr>. Accessed on: 14 mar. 2023.

KOURY, Suzy Elizabeth; OLIVEIRA, Lia Arrais. Novos Rumos do Direito da Concorrência: O Controle do Monopólio e a Proteção ao Consumidor na Economia de Dados Pessoais com base na Lei 12.529/2011. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 87-108, 2022. Available at: <https://bit.ly/47in1UV>. Accessed on: 21 fev. 2023.

KOVACIC, William E.; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. **The Journal of Economic Perspectives**, Pittsburgh, v. 14, n. 1, p. 43-60, 2000. Available at: <http://www.jstor>.

org/stable/2647050. Accessed on: 22 Oct. 2023.

KSHETRI, Nir. COVID-19 Meets Big Tech. **Computer**, [S. l.], v. 53, n. 8, p. 10-13, 2020. Available at: <http://dx.doi.org/10.1109/mc.2020.2996698>. Accessed at: 22 oct. 2023.

LANCIERI, Filippo Maria; SAKOWSKI, Patrícia Alessandra Morita. **Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados: Documento de Trabalho nº 005/2020**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/40lnkMz>. Accessed on: 27 jan. 2023.

LYON, David. **Surveillance After September 11: Themes for the 21st Century**. Malden, MA: Polity, 2003.

MOROZOV, Evgeny. **Big Tech: a ascensão dos dados e a morte da política**. Tradução por Claudio Marcondes. São Paulo: Ubu, 2018.

NYBO, Erik Fontenele. **O Poder dos Algoritmos**. São Paulo: Enlaw, 2019.

PETIT, Nicolas. **Big Tech & the Digital Economy: The Moligopoly Scenerio**. Oxford: Oxford University Press, 2020.

ROSA, Giovanni Santa. Telegram atinge 1 bilhão de downloads após polêmica na política do WhatsApp. **Tecnoblog**, Americana, 31 ago. 2021. Available at: <https://bit.ly/3QpTm5f>. Accessed on: 3 dez. 2021.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SHAMBAUGH, Jay; NUNN, Ryan; BREITWISER, Audrey; LIU, Patrick. **The State of Competition and Dynamism: Facts about Concentration, Start-ups, and Related Policies**. Washington: Brookings Institute, 2018. Available at: <https://bit.ly/3QGSJ8X>. Accessed on: 21 nov. 2021

SHELANSKI, Howard A. Information, innovation, and competition policy for the internet. **University of Pennsylvania Law Review**, Pennsylvania, v. 161, n. 6, p. 1701-1732, 2013. Available at: <https://bit.ly/3MujoDh>. Access in: 22 jan 2023

SRINIVASAN, Dina. The Antitrust Case Against Facebook: A monopolist's Journey Towards Pervasive Surveillance in Spite of Consumers' Preference for Privacy. **Berkeley Business Law Journal**, Berkeley, v. 16, n. 1, 2019. Available at: <https://bit.ly/46URxEt>. Accessed on: 27 dez. 2022

THE GREAT Hack. Direção de Karim Amer e Jehane Noujaim. Estados Unidos: Netflix, 2019. 1 vídeo (114 min). Available at: <https://www.netflix.com/title/80117542>. Accessed on: 15 mar. 2023.

US HOUSE OF REPRESENTATIVES. **Investigation of Competition in Digital Markets**. Washington, DC: U.S. Government Printing Office, 2022. Available at: <https://bit.ly/3SnznXx>. Accessed on: 13 mar. 2023

U. S. SUPREME COURT. **Louis K. Liggett v. Lee, 288 U.S. 517 (1933)**. Washington: U. S. Supreme Court, 1933. Available at: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/288/517/>. Accessed on: 15 fev. 2023.

WYLIE, Christopher. **Mindf*ck: Cambridge Analytica and the Plot to Break America**. New York: Random House, 2019.

ZUBOFF, Shoshana. **The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power**. New York: PublicAffairs, 2019.



2

ANTITRUSTE NO METAVERSO: ECONOMIA COMPORTAMENTAL E O BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR¹

Antitrust in the metaverse: behavior economy and consumer welfare

Vinícius Klein²

Universidade Federal do Paraná (UFPR) – Curitiba/PR, Brasil

Juliana Oliveira Domingues³

Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP) – Ribeirão Preto/SP, Brasil

Gabriel de Aguiar Tajra⁴

Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP) – Ribeirão Preto/SP, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: O surgimento do metaverso traz novos desafios para o Direito, em especial pela predominância de ecossistemas digitais com amplo poder acerca da arquitetura de escolha do consumidor. Assim, o espaço virtual construído pelo metaverso faz com que as ferramentas da economia comportamental sejam essenciais para uma aplicação adequada das políticas de defesa da concorrência e de proteção consumidor.

Objetivo: Apresentar como as principais características do metaverso impactam as abordagens tradicionais de defesa da concorrência e do consumidor e trazem a necessidade da utilização de ferramentas da economia comportamental.

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

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

1 **Recebido em:** 30/08/2023 **Aceito em:** 29/11/2023 **Publicado em:** 21/12/2023

2 Professor de Direito e Economia e Direito Empresarial no Departamento de Direito Privado da UFPR e integra o Corpo Docente do Mestrado Profissional em Economia. Procurador do Estado do Paraná. Doutor em Direito Civil pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ (2013) e Doutor em Economia (Desenvolvimento Econômico) pela UFPR (2014). Visiting Scholar na Universidade de Columbia - EUA (2012). Professor convidado da cadeira de Direito Econômico e Inteligência Artificial da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade da Côte D'Azur em 2022 Glasgow Fellow na Faculdade de Direito da Universidade de Glasgow em 2023. **E-mail:** viniciusklein78@yahoo.com.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/3557006102051289> **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-2023-4934>

3 Visiting-Scholar na Georgetown University (2018) com bolsa internacional de pesquisa da American Bar Association - Antitrust Section (única brasileira selecionada). Professora Doutora de Direito Econômico da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL) e mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2010). Diretora Regional da Academic Society for Competition Law ASCOLA. Recebeu Prêmio do Instituto Brasileiro de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional em 2004, 2013 e 2018. Vinculada ao Núcleo de Estudos e Pesquisa de Concorrência e Inovação - NCI. Procuradora-Chefe da PFE-Cade. Ex-Secretária Nacional do Consumidor no Ministério da Justiça e Segurança Pública. Ex-Presidente do Conselho Nacional de Combate à Pirataria. Ex-Presidente do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor. Ex-Diretora do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública. **E-mail:** julianadomingues@usp.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/6720552935529976> **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-2585-8938>

4 Graduado em Direito e Mestrando pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Advogado. **E-mail:** gabriel.tajra@usp.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/9629945291133551> **ORCID:** <https://orcid.org/0009-0003-1056-8433>

Método: Método dedutivo e de revisão bibliográfica.

Conclusões: As especificidades do metaverso tornam essencial a incorporação do poder sobre a arquitetura da escolha do consumidor na análise concorrencial, que deve incluir os ferramentas da economia comportamental e continua sendo essencial para o controle do poder econômico e a defesa do consumidor.

Palavras-chave: metaverso; economia comportamental; ecossistemas digitais; concorrência; arquitetura digital.

STRUCTURED ABSTRACT

Context: The emergence of the metaverse brings new challenges to Law, mainly due to the presence of digital ecosystems with significant power over the consumers architecture choice. So, the metaverse virtual environment makes behavior economy tools essential for the adequate enforcement of antitrust and consumer protection policy.

Objective: Describe the impact of the main features of the metaverse on traditional tools of antitrust and consumer protection policy and the need to use behavior economics tools.

Method: Deductive method with bibliographic review.

Conclusions: The main features of the metaverse demand the integration of the power on the consumers choice architecture in the antitrust analysis, which needs to integrate behavior economy tools and keeps being an essential mechanism for economic power control and consumer protection.

Keywords: metaverse; behavior economy; digital ecosystems, competition; digital architecture.

Classificação JEL: D90; L40; L80.

Sumário: 1. Introdução; 2. Economia Comportamental e as Relações de Consumo; 2.1. Vieses e Heurísticas estudados na Abordagem Comportamental; 3. Antitruste e Defesa do Bem-Estar do Consumidor no Metaverso; 3.1 Acesso e Concorrência no Metaverso; Considerações Finais; Referências.

1. INTRODUÇÃO

É curioso imaginar que, em 03 de julho de 1985, o filme “De Volta para o Futuro” foi lançado nos cinemas com cenas de carros voadores e óculos de realidade virtual. Em um enredo que, para a época, era claramente ficção científica, causa surpresa àqueles que viveram os anos 80 observar como a economia digital tem tornado a ficção cada vez mais próxima da nossa realidade.

A existência de uma vida, ou de uma realidade virtual, tem trazido desafios como nos casos de games virtuais, mas pode alcançar um novo estágio no que se passou a denominar Metaverso. Assim, a construção do Metaverso, que replica a realidade por meio de dispositivos digitais em um espaço coletivo compartilhado, pode ser vista como uma etapa adicional no processo de digitalização da economia.



A palavra “meta” de origem grega, traz o sentido de *além*, ou seja, de “mudança” – “para além de” – que por si só já explica a escolha da denominação *Metaverso* para conceituar o mundo digital que une realidade virtual a empresas e pessoas. O avanço da tecnologia fez esse universo ficar ainda mais acessível, levando diversas empresas e até figuras famosas para esse “reino” virtual, dentre eles destaca-se a empresa Meta, antigo Facebook, que recentemente alterou seu nome e confirmou sua presença no Metaverso⁵.

A Meta, assim como outras empresas e grupos econômicos, começou uma corrida migratória para o Metaverso⁶. A urgência na busca pela experiência, nesse mundo digital, já aparece em diversos setores da sociedade e, por diversos fatores, como aconteceu com os NFTs (*non-fungible tokens*) e Criptomoedas, o principal desejo de muitos é o de não ficar fora dessa nova realidade.

A construção de uma realidade virtual abre espaço, dentre outras questões, para a construção de ecossistemas digitais⁷ e arquiteturas de escolha planejadas de forma privada por meio do código. No caso da defesa do consumidor, a maior amplitude do design privado pode levar a estratégias mais agressivas de apropriação do excedente do consumidor por meio da exploração dos seus vieses comportamentais⁸.

Assim, a busca pela atenção do consumidor no ambiente virtual é feita não apenas por características intrínsecas do produto e do seu preço, mas por todas as características do espaço virtual ocupado pelo fornecedor. Apesar do design da loja também ser objeto de decisões do fornecedor, no ambiente virtual há menos restrições das normas legais – por exemplo normas de ocupação de solo e trânsito não existem no Metaverso – e o uso intensivo de dados permite uma personalização de todos os aspectos do produto ou serviço, que não se limitam a personalização de preços.

Vale mencionar, os *dark patterns*, esse termo consiste em um conjunto de estratégias de design de interfaces que, por meio de táticas enganosas, induzem os usuários a tomar ações que não estão em seu melhor interesse, geralmente favorecendo os interesses dos desenvolvedores ou empresas. O uso desse mecanismo envolve obstáculos, informações confusas e predefinições manipulativas, resultando em decisões prejudiciais para os usuários e afetando a confiança nas plataformas.

Assim, este estudo apresenta reflexões que envolvem economia comportamental, análise econômica do direito e direito concorrencial com foco no Metaverso, especialmente diante das mudanças do comportamento do consumidor no mundo virtual. Diante do potencial poder econômico identificado, haverá especiais considerações a partir de uma perspectiva antitruste para avaliar instrumentos de proteção do bem-estar do consumidor neste novo ambiente virtual.

5 “O CEO da Meta, Mark Zuckerberg, justificou a alteração no nome dizendo que a antiga designação marcava um período da empresa que ficou para trás. Por causa disso, a alteração acabou sendo um processo natural para supostamente “olhar para o futuro” (PALMEIRA, 2021).

6 Há inclusive escritórios de advocacia no Brasil que já funcionam na realidade do Metaverso (BANCA..., 2022).

7 Em apartada síntese, pode-se dizer que ecossistemas dizem respeito a duas esferas: (i) por um lado, um sistema em que diversos atores independentes criam valor em conjunto que, em regra, não seria possível de forma individual, conforme definição adotada mesmo antes da emergência dos ecossistemas digitais; e (ii) por outro, no digital, ecossistema costuma se referir a um ambiente em que diversos produtos e serviços são ofertados por meio uma firma (JACOBIDES; CENNAMO; GAWER, 2020).

8 De fato, embora aspectos comportamentais do design das plataformas digitais ainda passem despercebido, é provável – e, inclusive, necessário – que autoridades concorrencias passem a considerar em suas análises limitações cognitivas dos usuários e estratégias comerciais, potencialmente ilícitas, de persuasão (OLIVEIRA; KIRA; COUTINHO, 2021).

2. ECONOMIA COMPORTAMENTAL E AS RELAÇÕES DE CONSUMO

O papel da Economia Comportamental ganha relevância como abordagem necessária para compreender a dinâmica tanto das relações de consumo quanto empresariais no Metaverso. Afinal, o controle da arquitetura permite fazer um uso ainda mais intenso das vulnerabilidades comportamentais dos consumidores, afetando a dinâmica concorrencial. A compreensão desta nova dinâmica é essencial para construir políticas adequadas de defesa do consumidor e da concorrência.

No âmbito da defesa do consumidor, tanto o desenho de *nudges*⁹ para proteção do consumidor quanto o combate a *sludges*¹⁰ deve integrar a construção desta política, de forma a evitar que a exploração dos vieses comportamentais do consumidor permita práticas abusivas ou discriminatórias. Afinal, mesmo que se observe que a arquitetura da interação entre o fornecedor e consumidor em mercados não digitais também é objeto de planejamento do empresário de forma a influenciar as escolhas do consumidor. Bastaria pensar na escolha da disposição de produtos em um supermercado, ou no cardápio, ou na escolha dos pratos ou na localização das mesas em um restaurante como uma construção integralmente feita no mundo virtual que permite uma escala significativamente superior dessas escolhas de arquitetura e design.

Na dinâmica empresarial, a abordagem comportamental também é central para compreensão das estratégias empresariais nos mercados digitais e no Metaverso, mesmo que o seu uso na imposição do direito concorrencial ainda esteja sujeito a questionamentos. Assim, faz-se necessária a apresentação de alguns instrumentos da economia comportamental e a sua aplicação nos mercados digitais.

A economia comportamental surgiu como uma forma de lidar com um debate já antigo na teoria econômica acerca da racionalidade dos agentes nas suas decisões (SEN, 1977). A posição dominante após a revolução marginalista era de que os agentes econômicos são indivíduos racionais e maximizadores, que são capazes de compreender e processar de forma perfeita as informações disponíveis e tomar a melhor decisão para si. A observação da realidade, entretanto, não é compatível com esta premissa, afinal as pessoas nem sempre tomam decisões ótimas e racionais. Em diversas situações as decisões são heurísticas, tomadas buscando atalhos, gastando pouco tempo e esforço ou partem de vieses, ou seja, de mecanismos que retiram do processo decisório a necessidade de que se compreenda, processe e use de forma perfeita as informações disponíveis.

O avanço da economia comportamental e, mais recentemente, do seu uso no contexto do movimento de direito e economia deriva da identificação de que os mecanismos decisórios indicados acima são sistemáticos e podem ser identificados. Assim, os vieses e heurísticas estudados na abordagem comportamental estão presentes em algum grau em todos os agentes econômicos, sejam consumidores ou produtores e o seu conhecimento é essencial para que se entenda a dinâmica dos mercados digitais e que se formulem políticas públicas mais efetivas.

9 Na definição de Thaler e Sunstein (2008), *nudge* é um aspecto do design de escolha que provoca alteração no comportamento do indivíduo atendendo a uma previsibilidade, sem grandes alterações de incentivo econômico ou proibições. Para eles, o objetivo dessa arquitetura consciente para influenciar a tomada de decisão era fazer com que pessoas tomassem melhores escolhas por elas mesmas.

10 *Sludge*, por outro lado, segundo a definição de Richard Thaler (2018) é quando se aplica uma medida de *nudge* “para o mal”, nas palavras do autor:



2.1 Vieses e Heurísticas estudados na Abordagem Comportamental

Um primeiro viés ou heurística a ser destacado é o viés de *status quo* (*status quo bias*), que aponta a dificuldade que os agentes têm em decidir de forma diversa do *status quo*, ou seja da opção padrão, mesmo que a tomada de decisão fora do padrão proporcionasse um aumento de bem-estar. Segundo Kahneman, Slovic e Tversky (1982), a tendência à manutenção do *status quo* se dá pelo fato de que sair desta posição trará desvantagens que parecem muito maiores que as vantagens.

De acordo com Samuelson e Zeckhauser (1988), esse viés indica que os indivíduos tendem a manter o estado atual de seu portfólio e têm dificuldades em mudar de posição patrimonial, mas ressaltam que este viés não está ligado apenas e necessariamente a cenários de ganhos e perdas, uma vez que, por meio dos questionários aplicados, os indivíduos foram colocados em situações que envolviam ganhos e perdas (como a escolha da cor de um carro), mas, mesmo assim, demonstraram a tomada de decisão pelo viés do *status quo*.

Quando verificado tal padrão de tomada de decisão, é muito mais fácil que se mantenha um consumidor em uma posição desfavorável (não claramente perceptível) do que fazê-lo mudar, o que pode ser utilizado por empresas para manutenção de uma base de consumidores ou de adesão a determinado serviço.

No âmbito do metaverso esse viés do *status quo* é uma das razões pelas quais há visão de que os custos de transação para mudar de fornecedor são muito baixos, já que a concorrência está a um clique de distância, mas não se concretiza na prática. As plataformas e ecossistemas digitais e em especial no metaverso são capazes de criar custos de transação para a troca de fornecedor digital que tem como fundamento comportamental. Os custos de mudar, e de aprender a utilizar um fornecedor diverso no mercado digital, são em grande parte comportamentais e assim fogem da análise concorrencial tradicional.

Já a aversão à perda (*loss aversion*), muito ligada com o *status quo bias*, significa que um agente sente de forma mais intensa a perda de um bem ou ativo do que a não obtenção de uma vantagem de valor idêntico. A relação entre a aversão à perda e o viés de *status quo* foi percebida por Samuelson e Zeckhauser, sugerindo uma explicação para tal relação por meio de compromissos firmados anteriormente, uma ideia de que a troca traria um custo irre recuperável (*sunk costs*), uma necessidade de se sentir no controle, medo de arrependimento e dissonância cognitiva. Ambos os vieses são consequência da assimetria de ganhos e perdas.

Para explicitar este viés, é válido trazer aqui o experimento proposto por Kahneman e Tversky (1979): um jogo de cara ou coroa aqui adaptado para reais. A proposta dos autores foi oferecer, em um jogo de cara ou coroa, que o indivíduo perdesse R\$100,00 se o resultado fosse cara e ganhasse R\$ 150,00 se saísse coroa. Observou-se que, apesar de o valor do ganho superar o da perda em R\$ 50,00, muitas pessoas não aceitaram participar da aposta, justamente por valorizarem mais a perda, o que se reflete na aversão.

Isso reforça novamente os custos de transação em mudar de fornecedor em um ambiente digital, uma vez que os custos de aprendizagem e o histórico já conquistado em um ecossistema podem se perder no concorrente.

Outros vieses relevantes – mas, menos importantes para o presente estudo – são o viés do otimismo (*optimistic bias*), o viés de ancoragem (*anchoring bias*) e o viés da disponibilidade (*availability bias*). O primeiro (*optimistic bias*) identifica que as pessoas são sistematicamente otimistas quanto as suas aptidões aos riscos que incorrem a partir das suas decisões. O viés de ancoragem (*anchoring bias*) indica que as pessoas tendem a fazer julgamentos com base em informações ou valores iniciais que estejam salientes e fazer ajustes a partir deste valor ou desta informação, sem questionar. O último viés a ser mencionado aqui é (o da disponibilidade - *availability bias*) aponta que a reação dos agentes se dá a partir de eventos mais recentes ou salientes e não a probabilidade real da sua ocorrência. O uso desses vieses e heurísticas dentro da arquitetura da escolha dos agentes de forma a direcionar as escolhas seja pelos formuladores de política ou pelas empresas pode ser com um *nudge* ou *sludge*.

Portanto, esses vieses, pouco estudados no direito antitruste, permitem que no caso de uma arquitetura exclusivamente digital e privada haja um custo elevado, notadamente de natureza comportamental, para trocar de fornecedor no ambiente do metaverso.

E é por essa razão que a política de defesa do consumidor e a política nacional de defesa da concorrência - e as demais políticas públicas, i.e. proteção de dados etc. - precisam acompanhar as estratégias que tem relação com os vieses comportamentais do consumidor, considerando o potencial lesivo desses direcionamentos de forma que se evitem práticas potencialmente abusivas ou discriminatórias.

3. ANTITRUSTE E DEFESA DO BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR NO METAVERSO

Dentro da perspectiva do bem-estar do consumidor, o Direito Antitruste assume papel essencial. Embora o debate sobre os objetivos do Antitruste continue até os dias de hoje (WRIGHT; GINSBURG, 2013; WU, 2018; DOMINGUES; GABAN, 2019), o Antitruste é um instrumento do Estado direcionado a controlar o poder econômico para garantir, em suma, mercados competitivos¹¹. Sob uma perspectiva contemporânea, o Antitruste está situado para “além” de um instrumento de atuação pontual, uma vez que possui um conjunto de políticas direcionadas a afetar positivamente a concorrência, especialmente para garantir o bem-estar do consumidor¹².

O Antitruste não é, contudo, uma “pílula” apta a solucionar todos os problemas. Em verdade, o Antitruste é usualmente colocado ao lado de outras políticas públicas, tal qual a tributária ou

11 “Antitrust law is the study of competition. It is a body of law that seeks to assure competitive markets through the interaction of sellers and buyers in the dynamic process of exchange. [...] [T]he promotion of competition through restraints on monopoly and cartel behavior clearly emerges as the first principle of antitrust” (SULIVAN; HARRISON, 2014, p. 4-5).

12 Por muito tempo os objetivos do Antitruste não eram claros e unificados, o que gerava decisões contraditórias e, ao fim, uma construção jurisprudencial instável, ou, nas palavras de Bork popularizadas à época: “The life of the antitrust law ... is ... neither logic nor experience but bad economics and worse jurisprudence” (BORK, 1967, p. 242). Para solucionar o problema, Bork (1967, p. 242) propôs então que “existing statutes can be legitimately interpreted only according to the canons of consumer welfare” e “[c]onsumer welfare is the only legitimate goal of antitrust, not because antitrust is economics, but because it is law”. Alguns anos após, Bork consolidou seu entendimento quanto aos objetivos do Antitruste, ao afirmar que o próprio entendimento da concorrência perpassa, essencialmente, maximizar o bem-estar do consumidor “[c]ompetition; for purposes of antitrust analysis, must be understood as a term of art signifying any state of affairs in which consumer welfare cannot be increased by judicial decree”. (BORK, 1978, p. 51). Atualmente, é possível afirmar que “[a]fter thirty years, the debate over antitrust’s ideology has quieted. Most now agree that the protection of consumer welfare should be the only goal of antitrust laws” (HOVENKAMP, 2005).

a consumerista¹³, a fim de subsidiar que determinados objetivos públicos sejam apropriadamente alcançados a partir da promoção da concorrência, por intermédio de incentivos e desincentivos voltados aos agentes econômicos.

Com a migração de diversos destes agentes¹⁴ ao Metaverso, há de se esperar que empresas pioneiras conquistem posições de mercado virtualmente monopolísticas em determinados segmentos – ou, no mínimo, assumam posição de dominância¹⁵. Conforme entendimento comum, a conquista natural do mercado, fundada na maior eficiência, é totalmente legítima e não consubstancia espécie de infração à ordem econômica¹⁶. Não só isso; o incentivo à conquista do mercado é mesmo um elemento central da livre-concorrência e da economia de mercado¹⁷.

Isso não significa dizer, contudo, que qualquer conquista será legítima. A dominação do Metaverso atrairá a atuação do Antitruste e suscitará – e já suscita – a atenção de autoridades concorrenciais ao redor do mundo¹⁸, a fim de (i) evitar que a concentração do poder econômico obstrua o funcionamento eficiente do Metaverso, (ii) garantir a livre entrada e saída de rivais, assim como, em última instância, (iii) salvaguardar o bem-estar do próprio consumidor.

Para tanto, é importante relembrar que o direito concorrencial atua por meio de duas frentes amplas: (i) por um lado, atua de forma primordialmente preventiva, a partir de instrumentos de controle das estruturas do mercado; (ii) por outro, atua de forma primordialmente reativa, por meio de instrumentos voltados ao controle de condutas e à repressão de infrações à ordem econômica. No que tange a aplicação do Antitruste no Metaverso, ainda que se espere que o comportamento do consumidor assumirá novas facetas no Metaverso, não será diferente.

Espera-se, que os entendimentos nucleares do antitruste mantenham-se, em grande medida, à exceção de pequenos ajustes para consolidar novos instrumentos de fiscalização e aplicação normativa, da formulação de novas metodologias para análise de efeitos de condutas com novas facetas - não obstante mantenham racionalidade similar – e,

13 Embora o Antitruste e o Direito do Consumidor compartilhem a essência de proteção ao consumidor, o Antitruste atua externamente à esfera do consumidor, por intermédio da solução de falhas de mercado que condicionam as estruturas competitivas a garantirem o bem-estar do consumidor a partir da formulação de um rol de opções de escolha, o direito consumerista atua internamente às opções do mercado, a fim de garantir que tais estruturas permitam, de fato, que o consumidor tenha poder de escolha dentre o role de opções ofertado pelo mercado (AVERITT; LANDE, 1997, p. 714).

14 Vide, por exemplo, o lançamento da cerveja Heineken no Metaverso (WAKEFIELD, 2022), de tênis em modalidade de Non-Fungible Tokens pela Nike (LAWLER, 2021), ou, da mesma forma, um lançamento de restaurante virtual do McDonald's que entregará lanches na modalidade física (DEAN, 2022).

15 Nos termos da Lei 12.529/11: “Art. 36, §2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia” (BRASIL, 2011).

16 “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo” (Lei nº 12.529/11) (BRASIL, 2011).

17 Vide um entendimento esposado pelo Federal Trade Commission, autoridade norte-americana responsável pela proteção do consumidor e da concorrência nos Estados Unidos da América: “*The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly price, is not only unlawful; it is an important element of the free-market*” (Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trink, 2004) (UNITED STATES, 2004).

18 Vide, por exemplo, o posicionamento de Margrethe Vestager em uma entrevista sobre o tema: “*The metaverse will present new markets and a range of different businesses. There will be a marketplace where someone may have a dominant position [...] Things are happening that we need to be able to follow [...] We should start thinking about it now*” (STOLTON, 2022).

principalmente, da adequação de análises relativas à aferição do bem-estar do consumidor. Há uma grande probabilidade das análises relativas ao Metaverso extraírem conceitos da economia digital.

De fato, o Metaverso compartilha características nucleares comuns à economia digital: sua infraestrutura é um ecossistema virtual permanente que permite o compartilhamento de informações e interações em tempo real, ao passo que sua arquitetura é uma plataforma descentralizada, mas que ultrapassa a Web 2.0¹⁹ para a Web 3.0 por meio do incremento das interações humanas, tais quais percepções sobre emoção, expressões e outros elementos usualmente atribuídos à realidade física (MOMTAZ, 2022, p. 4-5).

A análise das características de funcionamento do Metaverso perpassará, portanto, a existência de economias de escala, escopo e efeitos de rede, diretos e indiretos, assim como da racionalidade econômica de modelos de negócios baseados em captação massiva de dados, assentados em altos investimentos fixos e baixo custo marginal e não limitados geograficamente²⁰.

Ademais, como o Metaverso deverá ser definido, na prática, como mercado assentado em dados, restrições verticais também levarão em conta potenciais elevações artificiais de barreiras à entrada, estratégias de fechamento de mercado ou aumento de custos de rivais com base em práticas relativas ao controle de dados, como dificultar a interoperabilidade entre Metaversos ou a portabilidade de dados de usuários, assim como vincular a entrada no Metaverso à extração massiva de dados.

Da mesma forma, o Metaverso também compartilhará de certas preocupações comuns não só aos mercados digitais, mas a indústrias tradicionais, especialmente nos casos em que intermediários assumem posições estratégicas no mercado e adquirem respectivo poder de mercado por tornarem-se gargalos (*bottleneck*) necessários entre consumidores e fornecedores ou entre outras etapas do processo produtivo – tais empresas são denominadas na literatura como “porteiros” (*gatekeepers*)²¹.

Nestes casos, os “porteiros” do Metaverso poderão controlar as condições de entrada no mercado, os termos de uso do ecossistema, assim como fiscalizar e sancionar empresas que concorram em suas estruturas caso descumpridos seus próprios termos²².

Porteiros do Metaverso, portanto, exercerão função essencial inclusive no que tange a

19 A Web 2.0 seria a segunda geração de serviços de internet, por meio dos quais os usuários poderiam interagir e colaborar com as páginas online. Os maiores exemplos são as redes sociais, Orkut, YouTube, Facebook, Twitter, etc. Por isso também é denominada de “Web Social”. Já a Web 3.0, ou “Web Semântica”, é caracterizada pela utilização de tecnologias como a inteligência artificial e aprendizado de máquina, tornando a web mais descentralizada, ou seja, menos dependente de empresas e mais controlada pelos próprios usuários (O QUE VOCÊ PRECISA..., 2023).

20 Para alguns conceitos básicos relativos aos mercados digitais, vide: (RENZETTI; BUENO; PAIXÃO, 2020).

21 “An entity (people, organizations, or governments) that has the discretion to exercise gatekeeping through a gatekeeping mechanism in networks and can choose the extent to which to exercise it contingent upon the gated [the entity subjected to gatekeeping] standing” (BARZILAI-NAHON, 2008, p. 1497). Tradicionalmente, gatekeepers são subdivididos em duas categorias, controladores de acesso à informação e controladores de recursos ou serviços necessários para conectar consumidores e fornecedores ou outras etapas do processo produtivo (LAIDLAW, 2010).

22 Vide, nesse sentido: “From a contractual standard, this allows the owner of the metaverse to control the virtual space in much the same manner that a mall owner controls the retail space at a mall or the owner of a platform often prioritizes its own products and services above those of the third-party vendors for which it conducts business. This creates a competitive risk to those companies who rely on the metaverse as a platform from which to conduct business, and a tremendous opportunity for the owner of the platform to leverage its own products or services into a prominent position within the virtual world. Ultimately the success of the metaverse may determine the extent to which antitrust and unfair competition laws are updated to address the practices of the multiverse operators” (GARON, 2022, p. 39).

regulação das condições dos mercados existentes no Metaverso, já que disciplinarão matérias relativas à propriedade intelectual, standards de qualidade dos produtos, métodos de pagamento e outros.

Não é um acaso que porteiros suscitem preocupações relevantes sob o olhar da concorrência. Tais preocupações serão ainda mais severas sob o olhar Antitruste quando, além de oferecerem a estrutura para competição no mercado, as empresas controladoras do Metaverso concorrerem, igualmente, com empresas à jusante ou à montante por intermédio da oferta de produtos ou serviços rivais. Em apertada síntese, tais preocupações em muito se assemelharão às hipóteses do varejo expressos na construção teórica referente ao “líder da categoria”²³.

3.1 Acesso e Concorrência no Metaverso

Neste sentido, é importante avaliar que para acessar o Metaverso são necessários óculos de realidade virtual. Atualmente, a Oculus é a principal empresa do setor, e estimativas apontam que o mercado já é significativamente concentrado. Em um resumo, cabe dizer que a Oculus foi adquirida pelo Facebook, ainda em 2014, e integra o grupo econômico do Facebook, atualmente denominado Meta, que realizou uma série de aquisições estratégicas de empresas relacionadas a produtos e serviços vinculados ao Metaverso²⁴.

Referido contexto suscita as primeiras preocupações relacionadas a um possível controle de estruturas no Metaverso e como se dará a modelagem do mercado²⁵. Em uma análise mais geral observa-se que as recomendações recentes da política Antitruste voltada à aquisição de empresas nascentes, em que potenciais danos ao bem-estar do consumidor perpassam à eliminação de um produto ou serviço do mercado, até a internalização, pela firma adquirente, de decisões relativas ao preço, qualidade e inovação da firma adquirida podem impactar o tratamento antitruste do Metaverso (OECD, 2020, p. 49). Portanto, o aprimoramento de teorias de dano no Metaverso será essencial para evitar que potenciais efeitos negativos ao consumidor ou condutas revestidas sob outra roupagem passem despercebidas .

Nestas hipóteses, algumas outras recomendações relativas ao controle de estruturas são válidas de atenção no Metaverso. A primeira trata da adequação dos critérios de notificação, a fim de se enquadrarem como hipóteses de notificação obrigatória não só operações que possam restringir concorrência atual, mas potencial, até porque os mercados do Metaverso também são nascentes e decisões relativas ao controle de estruturas poderão modelar, de fato,

23 The category captain might: (1) learn confidential information about rivals' plans; (2) hinder the expansion of rivals; (3) promote collusion among retailers; or (4) facilitate collusion among manufacturers (FTC, 2001, p. 50).

24 Tais quais Within, Sanzaru Games, Ready at Down, Big Box VR, Unit2 Games e Beat Games.

25 Neste sentido, é possível que o Metaverso seja um único ecossistema monopolístico ou ecossistemas diversos que competem entre si. Segue uma possível distinção sobre tais modelos: *“The private metaverse is a centralized future [with] big corporates such as Facebook’s Meta, whereby value is extracted from users as consumers. This metaverse is both virtual reality accessed via headsets, such as Oculus, that project a digital world, as well as augmented reality, accessed via face wear, such as glasses, that project digital things over the physical world. In contrast, the public metaverse is a vision of numerous, decentralized digital worlds that people can move between that are built and owned by participants. The public metaverse is predicated on open, interoperable decentralized technological architecture. It integrates a suite of crypto community innovations in decentralized finance (DeFi) for payments and NFTs for digital in-world items that hold real value. Furthermore, the public metaverse is governed and owned by networks of decentralized autonomous organizations (or DAOs) where distributed, objective-aligned communities collectively own, govern and work in digital worlds”* (NABBEN, 2021, p. 2).

o mercado²⁶. Da mesma forma, a adequação do critério do faturamento também parece ser uma possibilidade, a fim de recepcionar critérios secundários que abarquem outras preocupações ao mercado.

A segunda recomendação trata da utilização do instrumental - já existente na legislação antitruste nacional - para revisão de atos de concentração não enquadráveis como de notificação obrigatória, caso suscite preocupações excepcionais²⁷. Com relação a este último tópico, a ampliação do prazo de um ano constante do §7º do art. 88 da Lei 12.529/2011, a fim de garantir maior flexibilidade à autoridade, assim como o aprimoramento dos mecanismos de acesso às informações do mercado, a fim de subsidiar a capacidade da autoridade em monitorar operações preocupantes, poderão estar no centro do debate.

Evidente, contudo, que tais recomendações sempre deverão tomar em conta a liberdade econômica dos agentes e a segurança jurídica, já que, por exemplo, prazos demasiadamente longos para revisão de atos de concentração não enquadráveis como obrigatório poderão mesmo prejudicar a defesa da concorrência. Essa é, aliás, uma das preocupações endereçadas pela Lei de Liberdade Econômica²⁸.

Por fim, uma terceira recomendação trata da análise de aquisições estratégicas não só sob o prisma do controle de estruturas, mas também sob o regime do controle de condutas, já que determinadas aquisições podem ser analisadas sob o olhar de práticas exclusionárias de rivais potenciais. Referida proposição permite ainda expandir o critério temporal para se instaurar investigações, assim como expandir mesmo os fundamentos para averiguação de potenciais danos ao ambiente concorrencial.

No que tange ao controle de condutas, estratégias comerciais tradicionais, quando não dotadas de justificativas econômicas suficientes, continuarão a ser recriminadas por intensificarem a propensão à monopolização, tal qual condicionar a entrada no Metaverso à aquisição de um produto virtual, favorecer produtos ou serviços próprios ao detrimento de rivais ou discriminar rivais para favorecimento próprio.

Algumas dessas práticas já estão sob o escrutínio de autoridades Antitruste ao redor do mundo. A autoridade Antitruste da Alemanha, por exemplo, abriu uma investigação em face do Facebook por vincular a utilização de seus óculos de realidade virtual e aumentada ao registro em sua rede social (FACEBOOK..., 2020). Já a autoridade Antitruste dos Estados Unidos abriu uma ampla investigação em face da Oculus, por potenciais práticas de discriminação da empresa em face de

26 Essa assertiva parte da premissa de que o Metaverso representa um mercado relevante diverso dos mercados físicos e digitais tradicionais. Seria possível apontar para a existência de um mesmo mercado relevante em determinados casos. No entanto como a questão ainda é incipiente nas decisões das autoridades concorrenciais e para fim da presente análise será a mantida a premissa geral de que o Metaverso representa um mercado relevante próprio.

27 Nos termos do §7º do art. 88 da Lei 12.529/11 “É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo” (BRASIL, 2011).

28 Conforme previsão expressa, a Lei de Liberdade Econômica busca evitar que atos do poder público que sejam necessários para liberalização da atividade econômica sejam por demasiado demorados e que acabem por obstruir seu pleno exercício, conforme se percebe do art. 3º, IX “ter a garantia de que, nas solicitações de atos públicos de liberação da atividade econômica que se sujeitam ao disposto nesta Lei, apresentados todos os elementos necessários à instrução do processo, o particular será cientificado expressa e imediatamente do prazo máximo estipulado para a análise de seu pedido e de que, transcorrido o prazo fixado, o silêncio da autoridade competente importará aprovação tácita para todos os efeitos, ressalvadas as hipóteses expressamente vedadas em lei” (BRASIL, 2019).

rivais que concorrem no desenvolvimento de aplicativos ofertados no App Store da Oculus (NIX; GURMAN, 2022).

Portanto, não se negam todas as externalidades positivas do Metaverso. De outro lado, cabe aos reguladores averiguar a legitimidade das conquistas pioneiras e outras estratégias competitivas no Metaverso, será necessário avaliar as estruturas do mercado, a racionalidade dos agentes econômicos, assim como o repasse de eficiências dos processos produtivos aos consumidores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É certo que além de extraírem conceitos comuns de indústrias tradicionais e dos mercados digitais, o Metaverso tem características únicas e demanda uma análise particularizada, caso a caso, no que tange a possíveis preocupações de afetação do bem-estar do consumidor, surtindo consequências ou impactos na análise tradicional do direito da concorrência.

Alguns efeitos específicos do Metaverso no bem-estar do consumidor apontam conexões diretas com o Direito Antitruste, uma vez que residem:

- (i) na eficiência dos custos de transação, já que ao ampliar as interações virtuais, o Metaverso pode reduzir custos de acesso à informação e mudança de fornecedores, mesmo que os impactos comportamentais possam compensar a redução dos custos de transação físicos;
- (ii) nas possíveis quedas ou flexibilização das barreiras à entrada, decorrentes da estrutura fundada em *blockchains*, o que permitirá, segundo alguns, maior descentralização econômica e mercados mais granulares; e como consequência
- (iii) ampliação da hiperespecialização na oferta de produtos, uma vez que tal descentralização possibilita que atritos relativos aos custos de procura do consumidor sejam ampliados;
- (iv) maior dificuldade de precificação, tanto pelos efeitos de rede indireto e mercados de preço zero, quanto por uma possível alocação ineficiente dos recursos, especialmente nos momentos iniciais do Metaverso (MOMTAZ, 2022, p. 9-11).

Os desenhos do mercado de Metaverso possivelmente trará outros desafios relevantes à proteção do consumidor e à da defesa da concorrência, uma vez que mesmo que conceitos e abordagens tradicionais de Direito e Economia mantenham-se válidas (especialmente no direito antitruste), existem particularidades de uma arquitetura de escolha e das transações econômicas. A construção de um novo ecossistema digital permitirá o uso mais intenso de *nudges* e *sludges* e a busca pela atenção do consumidor terá na compreensão e no uso da abordagem comportamental um fator central.

O Metaverso também apresentará uma série de tendências e possibilidades positivas à economia como um todo, inclusive com consequências diretas ao bem-estar do consumidor. Algumas tendências e possibilidades da economia nascente do Metaverso são: (i) produção “on-

demand”, já que são baixas as restrições à produção e consumidores possuirão diversos dispositivos digitais que lhe permitirão participar do processo produtivo, orientando a economia com base na demanda; (ii) deslocamento de preferências, já que os consumidores procurarão por um “modelo de vida” no Metaverso, assim como o Metaverso orientará novas preferências em face de suas novas potencialidades; (iii) sustentabilidade social, já que usuários não serão limitados pelas condições físicas e avatares inclusive podem limitar vieses de gênero, raça, orientação sexual e outros, uma vez que o avatar evite a exposição da característica em questão; (iv) crescimento econômico atrelado à sustentabilidade ambiental, na medida em que recursos necessários à determinadas atividades econômicas são ilimitados no Metaverso; e (v) fomento à políticas públicas, já que poderá facilitar simulações, assim como extrair de tecnologias como inteligência artificial, algoritmos e *machine learning* suas potencialidades para fiscalização e aplicação²⁹.

Vale observar que há diversos aspectos da regulação econômica que andarão lado a lado à política Antitruste³⁰, neste contexto. Um caso claro mencionado no texto, refere-se a aplicação da normativa europeia referente a regulação dos porteiros digitais, certamente aplicável a empresas específicas do Metaverso, quando qualificadas como “controladores de acesso”³¹ segundo a normativa. A título de exemplo, o Pacote Sobre os Serviços Digitais da União Europeia, consistente tanto em um Regulamento dos Serviços Digitais, quanto em um Regulamento dos Serviços Digitais, possui previsões específicas sobre transparência de informações, proibição de determinadas condutas ex ante e obrigações de tratamento equitativo a empresas que dependam de seus serviços, assim como regras específicas de notificação de atos de concentração.

Da mesma forma, no cenário nacional, previsões do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14) (BRASIL, 2014) poderão ser aplicáveis a empresas do Metaverso, já que muitas empresas se qualificarão como provedoras de conexão ou aplicações, recaindo em obrigações legais que afetam, igualmente, a concorrência e o bem-estar do consumidor. A possibilidade de aplicação de multa de até 10% do faturamento bruto da empresa - a possibilidade está prevista no Marco Civil da Internet - já resulta uma possibilidade a ser considerada no âmbito dos processos administrativos sancionatórios da Secretaria Nacional do Consumidor, por exemplo, sem excluir o *enforcement* antitruste pelo Cade.

Embora não seja possível afirmar como será análise das questões atinentes ao direito antitruste no Metaverso, observa-se que autoridades antitruste devem usar a experiência de mercados tradicionais e, especialmente, de mercados digitais correlatos. Ademais, o Metaverso possui suas próprias particularidades, que demandarão uma análise caso a caso.

Contudo, não há de se esperar que o Metaverso seja “Meta” (além) no que tange a aplicação

29 Ibid, pp. 6-9.

30 No caso de países em desenvolvimento em específico, o principal não parece ser em que medidas tais países são tão competitivos quanto países “desenvolvidos”, mas sim em que medida a política institucional como um todo será a apta a fornecer condições de empresas integrem o ecossistema econômico relativo ao Metaverso. Nesse sentido: (CIURAK, 2021, p. 4).

31 Nos termos do art. 3º do Regulamento dos Mercados Digitais: “Um prestador de serviços essenciais de plataforma deve ser designado como controlador de acesso se: a) Tiver um impacto significativo no mercado interno; b) Explorar um serviço essencial de plataforma que serve de porta de acesso importante para os utilizadores profissionais chegarem aos utilizadores finais; e c) Ocupar uma posição enraizada e duradoura nas suas operações ou se for previsível que venha a ocupar tal posição num futuro próximo”. No caso da alínea ‘a’, o Regulamento adotou como presunção o atingimento de volume de negócios igual ou superior a 6 500 milhões de EUR nos três últimos exercícios financeiros, ao passo que para a alínea ‘b’ o atingimento de mais de 45 milhões de usuários ativos mensalmente, e mais de 10 000 utilizadores profissionais ativos anualmente, em ambos os casos estabelecidos ou situados na União Europeia, no último exercício financeiro, enquanto para a alínea ‘c’, aplicam-se os mesmos limiares da alínea ‘b’, para os últimos três exercícios financeiros.

do Direito Antitruste. Nesse sentido, as políticas públicas de direito do consumidor e do direito antitruste permanecerão, como sua própria essência, instrumentos fundamentais para a avaliação (e eventual repressão) permanente do poder econômico para garantia de mercados competitivos que, em última instância, salvaguardem o bem-estar do consumidor e o ambiente competitivo necessário para o desenvolvimento de novas tecnologias.

REFERÊNCIAS

AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law. **Antitrust Law Journal**, Baltimore, v. 65, 1997. Disponível em: <https://bit.ly/46gv8AC>. Acesso em: 19 out. 2023.

BANCA Viseu Advogados abre escritório no metaverso. **Conjur**, São Paulo, 23 fev. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3SJ8SMA>. Acesso em: 16 out. 2023.

BARZILAI-NAHON, Karine. Toward a theory of Network Gatekeeping: A Framework for Exploring Information Control. **Journal of American Society for Information Science and Technology**, Syracuse, v. 59, n. 9, p. 1493-1512, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3R0xbUL>. Acesso em: 15 out. 2023.

BORK, Robert. **The Antitrust Paradox: A policy at War with Itself**. New York: Basic Books, 1978.

BORK, Robert. The Goals of Antitrust. **The American Economic Review**, Nashville, v. 57, n. 2, p. 242-253, 1967.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2019.

CIURAK, Dan. On the Metaverse, Web3 and Prospering in the Digital Transformation. **SSRN**, [S. l.], 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3QGRiGf>. Acesso em: 12 out. 2023.

DEAN, Grace. McDonald's has filed a trademark for a restaurant in the metaverse that will actually deliver food to your home. **Business Insider**, [S. l.], 10 fev. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/47A96JV>. Acesso em: 20 abr. 2022.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Direito Antitruste e Poder Econômico: o movimento populista e “neo-brandeisiano”. **Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 33, n. 3, p. 222-244, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3sABddk>. Acesso em: 21 out. 2023.

FACEBOOK Being Investigated Over Linking Oculus Quest 2 VR Headset to Its Platform in Germany. **Gadgets 360**, Nova Delhi, 11 dez. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/46ik8CJ>. Acesso em: 1 maio 2022.

FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). **Report on the Federal Trade Commission Workshop on Slotting Allowances and Other Marketing Practices in the Grocery Industry**. Washington: Federal Trade Commission, 2001. Disponível em: <https://bit.ly/47fQ244>. Acesso em: 21 out. 2023.

- GARON, Jon. Legal Implications of a Ubiquitous Metaverse and a Web3 Future. **SSRN**, [S. l.], 2022.
- HOVENKAMP, Herbert. **The Antitrust Enterprise: Principle and Execution**. Cambridge: Harvard University Press, 2005.
- JACOBIDES, Michael G.; CENAMO, Carmelo; GAWER, Annabelle. **Distinguishing between Platforms and Ecosystems: Complementarities, Value Creation and Coordination Mechanisms**, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3SG2q8T>. Acesso em: 20 out. 2023.
- KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos (ed.). **Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases**. New York: Cambridge University Press, 1982.
- KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect theory: an analysis of decision under risk. *Econometrica*, New Haven, v. 47, n. 2, p. 263-291, 1979.
- LAIDLAW, Emily. A framework for identifying Internet information gatekeepers. **International Review of Law, Computers & Technology**, [S. l.], v. 4, n. 3, p. 263-276, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/40lvcl6>. Acesso em: 20 out. 2023.
- LAWLER, Richard. Nike just bought a virtual shoe company that makes NFTs and sneakers ‘for the metaverse’. **The Verge**, [S. l.], 13 dez. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/47C7Gyu>. Acesso em: 30 abr. 2022.
- MOMTAZ, Paul P. Some Very Simple Economics of Web3 and the Metaverse. **FinTech**, Basel, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/40Gi99Y>. Acesso em: 19 out. 2023.
- NABBEN, Kelsie. Building the metaverse: ‘crypto states’ and corporates compete, down to the hardware. **SSRN**, [S. l.], 2021. Disponível em: <https://bit.ly/47kWxCD>. Acesso em: 18 out. 2023.
- NIX, Naomi; GURMAN, Mark. Meta’s Oculus Unit Faces FTC-Led Probe of Competition Practices. **Bloomberg**, [S. l.], 14 jan. 2022. Disponível em: <https://bloom.bg/3uk1ltz>. Acesso em: 20 out. 2023.
- O QUE VOCÊ PRECISA saber sobre a Web 3.0. **Sebrae**, [S. l.], 24 mar. 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3R1cacH>. Acesso em: 20 out. 2023.
- OLIVEIRA, Vitória; KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. Da persuasão ao vício: direito concorrencial e regulação das plataformas digitais. **Jota**, São Paulo, 8 jun. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3G0if2T>. Acesso em: 20 out. 2023.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control**. Paris: OECD, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3SLonUk>. Acesso em: 21 out. 2023.
- PALMEIRA, Carlos. Facebook agora é Meta: o que há por trás da mudança de nome? **Tecmundo**, 28 out. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3Q5rTXz>. Acesso em: 6 out. 2023.
- RENZETTI, Bruno; BUENO, Carolina Destailleur; PAIXÃO, Raíssa Leite de Freitas. Mercados Digitais: alguns conceitos. In: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva (org.). **Defesa da Concorrência em Plataformas Digitais**. São Paulo: FGV Direito, 2020. p. 21-39.
- SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status Quo Bias in Decision Making. **Journal of Risk and Uncertainty**, [S. l.], v. 1, p. 7-59, 1988.
- SEN, Amartya K. Rational Fools: a critique of the behavioral foundations of economic theory. **Philosophy and Public Affairs**, New York, v. 6, n. 4, p. 317-344, 1977.



STOLTON, Samuel. Vestager: Metaverse poses new competition challenges. **Político**, Bruxelas, 18 jan. 2022. Disponível em: <https://politi.co/47y5ZSS>. Acesso em: 30 abr. 2023.

SULIVAN, E. Thomas; HARRISON, Jeffrey L. **Understanding Antitrust and its Economic Implications**. 6. ed. Durham: Carolina Academic Press, 2014.

THALER, Richard H. Nudge, not sludge. **Science**, Washington, v. 361, n. 6401, 2018. Disponível em: DOI: 10.1126/science.aau9241. Acesso em: 12 out. 2023.

THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness**. New Haven: Yale University Press, 2008.

UNITED STATES. Federal Trade Commission. **Verizon Commc'ns Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 US 398 (2003)**. Washington: U.S. Supreme Court, 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3MJhxdS>. Acesso em: 12 out. 2023.

WAKEFIELD, Jane. Heineken launches virtual beer in self-mocking metaverse 'joke'. **BBC News**, [S. l.], 18 mar. 2022. Disponível em <https://bbc.in/3G3VBqa>. Acesso em: 20 out. 2023.

WRIGHT, Joshua D.; GINSBURG, Douglas H. The Goals of Antitrust: Welfare Trumps Choice. **Fordham Law Review**, New York, v. 81, n. 5, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3ML4eJX>. Acesso em: 13 out. 2023.

WU, Tim. **After Consumer Welfare, Now What?** The "Protection of Competition" Standard in Practice. Columbia: Columbia Law School, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3uiWLLU>. Acesso em: 14 out. 2023.

3

O PARADOXO DO GOOGLE: A GERAÇÃO DE GANHOS DE EFICIÊNCIA E AS CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS¹

*The Google paradox: the generation of
efficiency gains and anticompetitives conducts*

Igor Marcelo Blume²

Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) – Porto Alegre/RS, Brasil

Kelly Lisandra Bruch³

Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) – Porto Alegre/RS, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contextualização: O artigo tem como contexto amplo o crescimento exponencial da economia digital e as alterações promovidas na dinâmica de funcionamento do mercado e na relação entre agentes econômicos, notadamente relativas às implicações para a concorrência. O estudo tem como contexto específico as decisões dos casos envolvendo o Google na *Federal Trade Commission*, na *European Commission* e no Cade.

Objetivo: o trabalho objetiva, em primeiro plano, identificar se ganhos de eficiência gerados por agentes econômicos são relevantes para a análise concorrencial. Em segundo plano, objetiva-se verificar se o Google produz ganhos de eficiência ao mercado e se esses eventuais ganhos são capazes de compensar ou atenuar possíveis condutas anticompetitivas praticadas.

Metodologia: se utilizou do método dedutivo para o estudo da literatura, incluindo, revisões bibliográficas produzidas pelo Cade, literatura norte-americana e europeia voltada ao estudo das eficiências econômicas e literatura nacional que se debruça sobre as peculiaridades dos mercados

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

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

1 **Recebido em:** 18/08/2023 **Aceito em:** 12/12/2023 **Publicado em:** 21/12/2023

2 Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Pós-graduando em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogado associado da WCB Advogados. Pesquisador voluntário do Grupo Interdisciplinar de Pesquisa em Propriedade Intelectual na área de Direito da Concorrência. Participante da I Competição de Direito Concorrencial WICADE, equipe UFRGS (2021). Criador e articulador do blog “Conect@ Direito”. Ex-coordenador da Assessoria Jurídica Hernani Estrela (AJHE) da UFRGS. Ex-sócio do Escritório Jr. Ruy Cirne Lima (empresa júnior de direito da UFRGS). **E-mail:** igormarcelo24@gmail.com

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5251691310080898> **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-7405-797X>

3 Doutora em Direito pela UFRGS/Université Rennes I, France, com estágio pós doutoral em Agronegócios no CEPAN/UFRGS. Mestre em Agronegócios pelo CEPAN/UFRGS. Especialista em Direito e Negócios Internacionais pela UFSC. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa. Professora Adjunta do Departamento de Direito Econômico e do Trabalho, da Faculdade de Direito da UFRGS, Coordenadora do Núcleo Docente Estruturante da Faculdade de Direito. Professora do quadro permanente do Programa de Pós Graduação (mestrado e doutorado), com orientação em mestrado e doutorado, do Centro em Estudos e Pesquisas em Agronegócios - CEPAN/UFRGS e Vice-Diretora do CEPAN/UFRGS. Professora do quadro permanente do PROFNIT (Mestrado Profissional em Rede Nacional em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para Inovação) no Ponto Focal IFRS. Membro da Comissão Especial de Propriedade Intelectual da OAB/RS. Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB/RS. Membro da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual - ABPI. Membro da Association Internationale des Juristes du Droit de la Vigne et du Vin - AIDV. **E-mail:** kellybruch@gmail.com

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2285127061716886> **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-2565-0790>



digitais e do agente Google. Também se utilizou da análise de conteúdo para o exame quantitativo da jurisprudência do Cade e das decisões envolvendo o Google no Cade, na *Federal Trade Commission* e na *European Commission*.

Conclusões: como resultados parciais se identificou que (i) ganhos de eficiência podem ser considerados na avaliação de condutas anticompetitivas à luz da legislação concorrencial brasileira e (ii) o Google, nos casos concretos analisados pelo Cade, produziu ganhos de eficiência ao mercado brasileiro, sendo que esses ganhos foram, ainda que de forma indireta, considerados no julgamento das práticas anticompetitivas.

Palavras-chave: direito concorrencial; mercados digitais; posição dominante; bem-estar do consumidor; regra da razão.

STRUCTURED ABSTRACT

Contextualization: The article takes into account the exponential growth of the digital economy and the changes promoted in the dynamics of market functioning and in the relationship between economic agents, notably regarding the implications for competition. The study has as its specific context the recent decisions of the cases involving Google at the *Federal Trade Commission*, the *European Commission* and Cade.

Objective: The objective of the article is, in the foreground, to identify whether efficiency gains generated by economic agents are relevant for competitive analysis. In the background, the objective is to verify whether Google produces efficiency gains for the market and whether these eventual gains are able of compensating or mitigating possible anticompetitive conducts practiced.

Method: The deductive method was used to study the literature, including bibliographic reviews produced by Cade, North American and European literature focused on the study of economic efficiencies and national literature that focuses on the peculiarities of digital markets and the Google agent. Content analysis was also used for the quantitative examination of Cade's jurisprudence and decisions involving Google in Cade, the *Federal Trade Commission* and the *European Commission*.

Conclusion: As partial results, it was identified that (i) efficiency gains can be considered in the assessment of anticompetitive conduct in the light of Brazilian competition law and (ii) Google, in the specific cases analyzed by Cade, produced efficiency gains for the Brazilian market, and these gains were, albeit indirectly, considered in the judgment of anticompetitive practices.

Keywords: competition law; digital markets; dominant position; consumer welfare; rule of reason.

Classificação JEL: F61, K21 e O43.

Sumário: 1. Introdução; 2. A concorrência, os mercados digitais e o Google; 2.1. O direito da concorrência: fundamentos e conceitos essenciais; 2.2. Os mercados digitais e os desafios para o direito da concorrência; 2.3. O Google e o direito da concorrência; 3. Os ganhos de eficiência na análise concorrencial. 3.1. Por que ganhos de eficiência? 3.2. As decisões do Cade e os ganhos de

eficiência; 4. A aplicabilidade dos ganhos de eficiência ao Google; 4.1. Os casos Google na Federal Trade Commission e na European Commission; 4.2. Os casos Google no Cade; 4.2.1. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 e nº 08700.009082/2013-03; 4.2.2. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19; 5. Considerações Finais; Referências.

I. INTRODUÇÃO

A transição do comércio para o meio digital gerou profundas mudanças na forma como as empresas operam. Além do surgimento de novos setores e atividades, foram formadas novas relações entre consumidores, empresas e concorrentes, bem como surgiram plataformas multilaterais intermediadoras que alteraram a estrutura tradicional. Esse pano de fundo revela novos desafios para o direito da concorrência: como adaptar os instrumentos tradicionais para essa nova realidade? (BINOTTO; KASTRUP, 2021, p. 10-11; COUTINHO; KIRA, 2018).

Nesse cenário, um dos principais aspectos a ser considerado diz respeito à concorrência entre agentes econômicos nos mercados digitais. Em especial, à luz dos impactos causados por *players* detentores de grande poder de mercado, pois são capazes de modificar significativamente as condições de mercado e as opções do consumidor, impactando na livre concorrência (FORGIONI, 2020, p. 143). É o caso do Google, que figura há algum tempo entre as cinco empresas mais valiosas do mundo (MENDES, 2022). Seu sistema de publicidade e busca online constitui um dos principais instrumentos do consumidor-usuário na procura por informações, produtos e serviços no meio digital (ATLAS, 2017).

De outro lado, recentes decisões de órgãos de defesa da concorrência ao redor do mundo – a exemplo da *European Commission*, *Federal Trade Commission* (FTC) e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) – analisaram condutas do Google e seu possível enquadramento como práticas anticompetitivas. Tais decisões foram objeto de ampla discussão, contando com conclusões conflitantes e divergências dentro de cada órgão.

A partir da relevância da atuação do Google no mercado digital e das controvérsias em torno da avaliação de suas condutas anticompetitivas, também se mostra importante analisar a relação entre eventuais ganhos de eficiência e prejuízos à livre concorrência gerados pelo Google. Isso porque, para o direito concorrencial, importa não somente o enquadramento técnico-jurídico da conduta, mas especialmente os efeitos causados pelo agente econômico no mercado (PETTER, 2014, p. 333; GABAN; DOMINGUES, 2012, p. 28).

Posto isso, busca-se responder: ganhos de eficiência são relevantes para a análise concorrencial? O agente econômico Google produz ganhos de eficiência? Esses eventuais ganhos de eficiência são capazes de “compensar” ou “atenuar” as possíveis condutas anticompetitivas?

A partir dessas questões, o que se busca é identificar se o agente econômico Google, por meio de seus serviços oferecidos e de seu modelo de atividade, produz ganhos de eficiência ao mercado que sejam relevantes para a análise concorrencial. Após, se procura verificar a possibilidade de eventuais ganhos de eficiência gerados serem considerados na avaliação de práticas anticompetitivas, para



compensação ou atenuação, e sua aplicabilidade ao Google.

Como base teórica para a esse trabalho foram utilizadas duas fontes principais. Em primeiro lugar, a revisão de literatura desse estudo foi baseada em (i) revisões bibliográficas produzidas pelo Cade sobre temas relacionados ao direito concorrencial em mercados digitais; (ii) literatura norte-americana e europeia especializada no estudo dos fenômenos concorrenciais e consideração de eficiências econômicas e (iii) literatura nacional que se debruça sobre as peculiaridades dos mercados digitais na análise concorrencial e exame específico do agente econômico Google. Em segundo lugar, realizou-se uma análise de conteúdo sobre os documentos disponíveis na base de dados do Cade envolvendo ganhos de eficiência ou efeitos líquidos positivos, os quais foram submetidos a um exame quantitativo e qualitativo, bem como analisou-se especificamente as principais decisões do Cade, FTC e *European Commission* envolvendo o Google, conforme detalhado nos itens 4.1. e 4.2.

Para o estudo que se propõe, esse trabalho está dividido em cinco capítulos, sendo o primeiro esta introdução. No segundo capítulo são abordados os aspectos basilares do direito concorrencial, considerações sobre os mercados digitais e sobre o modelo de negócios do Google e a sua relação com a concorrência. O terceiro capítulo contempla o estudo sobre ganhos de eficiência, incluindo a análise de conteúdo sobre documentos da base de dados do Cade. Por sua vez, o quarto capítulo busca aplicar ao agente Google os conceitos estudados, bem como analisar os principais casos concretos submetidos aos órgãos de defesa da concorrência (Cade, FTC e *European Commission*). Ao final, no capítulo quinto, constam as considerações finais do trabalho e as respostas às perguntas formuladas.

2. A CONCORRÊNCIA, OS MERCADOS DIGITAIS E O GOOGLE

2.1. O direito da concorrência: Fundamentos e conceitos essenciais

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu art. 1º, inciso IV, estabelece como fundamento desta “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (BRASIL, 1988). O artigo 170, inciso IV, consolida a livre concorrência como um dos princípios gerais da atividade econômica (GRAU, 2010, p. 58-59). O estabelecimento da livre concorrência como pilar do sistema econômico brasileiro objetiva, em um plano ideal, garantir um ambiente competitivo leal e eficaz entre os agentes econômicos, beneficiando os consumidores com melhores condições de preço e qualidade no mercado (PETTER, 2014, p. 90; NUSDEO, 2015, p. 278).

Nesse viés, a Lei nº 12.529/2011 estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Essa lei delimita a competência do Cade para decidir sobre as infrações à ordem econômica, bem como aplicar sanções e penalidades (art. 9º, incisos I e II⁴). Nesse sentido, o art. 36 elenca, em seus incisos, quais os efeitos gerados por condutas consideradas anticompetitivas e, no §3º, exemplifica condutas com potencial de gerar tais efeitos (BRASIL, 2011).

A partir da legislação e de sua construção histórica, o direito da concorrência pode ser conceituado como uma “técnica que lança mão o Estado contemporâneo para a implementação de políticas públicas, mediante a repressão ao abuso de poder econômico e a tutela da livre concorrência” (FORGIONI, 2020, p 33). Na essência, a justificativa econômica para a defesa da concorrência envolve

4 I - zelar pela observância desta Lei e seu regulamento e do regimento interno;

II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;

uma série de fatores, dentre eles: (i) maximização do número de empresas; (ii) melhoria na qualidade de produtos e serviços; (iii) livre entrada e saída de empresas do mercado; (iv) expansão de lucros; (v) livre circulação de informações e (vi) mobilidade dos fatores de produção (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 31).

A busca pelo ambiente competitivo ideal tem como pressuposto a repressão às infrações à ordem econômica. Tais infrações podem ser subdivididas em (a) condutas unilaterais, praticadas por agentes detentores de posição dominante no mercado e (b) condutas colusivas, caracterizadas pelo acordo entre agentes econômicos interligados vertical ou horizontalmente, visando a alterar as condições naturais de mercado, em benefício próprio (FORGIONI, 2020, p. 348-349).

Não obstante, nem todas as condutas praticadas por agentes econômicos são capazes de gerar efeitos significativos ao mercado. Apenas serão objeto de controle (prevenção ou repressão) pelas autoridades antitrustes as condutas unilaterais praticadas por agentes detentores de posição dominante. Por sua vez, a posição dominante é caracterizada pela capacidade de um agente econômico de agir de modo independente e indiferente em relação aos seus concorrentes, clientes e consumidores em um determinado mercado (FORGIONI, 2020, p. 268).

Importante observar que a posição dominante não é, em si, um ilícito concorrencial, mas uma condição do agente econômico aferida em relação ao mercado relevante sem a qual, de rigor, não é possível a prática de condutas anticompetitivas unilaterais relevantes para o mercado. Para mais, o poder de mercado não pode ser analisado isoladamente, sendo sempre relevante para a aplicação da lei a forma como o poder foi alcançado (CARDOSO, 2019, p. 38).

Nos termos do art. 36, §2º da Lei nº 12.529/2011, presume-se a posição dominante quando “uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% ou mais do mercado relevante” (BRASIL, 2011). Logo, toda a posição dominante só pode ser identificada dentro de um mercado relevante, ou seja, é necessário definir a parcela do mercado sob a qual o agente econômico é capaz de interferir com aquela determinada conduta (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 156-157).

Nesse sentido, a delimitação do mercado relevante é o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos (consumidores e fornecedores) que efetivamente reagem e limitam, entre si, as decisões referentes a estratégias de preços, quantidades, qualidade, entre outras (CADE, 2016, p. 13), compreendendo, com isso, produtos e serviços considerados substituíveis do ponto de vista do consumidor. Importante ressaltar que a definição do mercado relevante é mero instrumento de análise, isso porque os efeitos competitivos podem estar fora do mercado relevante pré-definido, assim como é consequência da dinamicidade do mercado que a análise econômica seja também maleável (CADE, 2016, p. 13).

Além disso, para o direito concorrencial brasileiro, não basta o enquadramento técnico-jurídico de uma conduta em um dispositivo legal, é preciso demonstrar que os efeitos causados pelo agente econômico prejudicaram, de alguma forma, a livre concorrência no mercado. Por consequência, em princípio, não há ilícito concorrencial *per se*, a avaliação de práticas anticompetitivas demanda a comprovação de prejuízo à concorrência, ainda que potencial (FORGIONI, 2020, p. 138)⁵.

5 Ressalvam-se entendimentos diversos como, por exemplo, manifestações do Cade no sentido de que cartéis clássicos poderiam ser compreendidos como ilícitos *per se*, na medida em que pela simples configuração do cartel seriam presumidos os efeitos negativos à concorrência (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 110).



Considerando os conceitos acima delineados, passa-se ao exame das particularidades dos mercados digitais, dentro dos quais está inserido o agente econômico Google. Após, debruça-se sobre o modelo de negócios do Google, suas condutas e a repercussão delas para o direito da concorrência.

2.2. Os mercados digitais e os desafios para o direito da concorrência

Com o surgimento dos mercados digitais, hoje já estabelecidos, foi introduzida uma nova dinâmica de funcionamento nas relações entre os diversos agentes participantes. Os mercados digitais, de maneira ampla, são os locais onde ocorrem as relações e transações comerciais não físicas, mas digitais (CADE, 2020, p. 12). Estimativas de 2020 apontam para a existência de mais de um milhão e trezentos mil sites de e-commerce (vendas pela internet) no Brasil, com alta tendência de expansão (BIGDATA CORP. & PAYPAL, 2020; ATLAS, 2017).

Em parte, a regulamentação desse ambiente é fornecida pela Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que estabelece as diretrizes para o uso da internet no Brasil. Em seu art. 2º, inciso V, dispõe que um dos fundamentos da lei é o respeito à “livre iniciativa, à livre concorrência e à defesa do consumidor” (BRASIL, 2014). Contudo, a Lei nº 12.529/2011, em princípio, não diferencia o mercado digital do mercado *offline*, tampouco fixa qualquer norma específica para essa estrutura, motivo pelo qual lhe são aplicadas as mesmas regras que regem as estruturas tradicionais.

São inúmeros os avanços introduzidos pelos mercados digitais. Por um lado, para os fornecedores, temos a redução ou eliminação de investimentos com espaço físico, a desnecessidade de contratação de grandes equipes de funcionários (RODRIGUES JÚNIOR, 2015), a redução de custos de transação e o aumento da produtividade. Por outro lado, para os consumidores, observa-se maior conectividade, inovação em negócios, produtos e serviços (CADE, 2020, p. 35), além dos benefícios sociais de crescimento e desenvolvimento econômico em geral. Com esses traços, o mercado digital pode ser visto como uma ferramenta de fomento à livre iniciativa, à livre concorrência e ao surgimento de novos *players* no mercado (RODRIGUES JÚNIOR, 2015).

Não obstante, existem características específicas nesses mercados que tornam complexa a análise concorrencial. A definição do *market-share*⁶ de uma empresa, por exemplo, pode apresentar inconsistências, considerando a possibilidade de obtenção e perda rápida de poder de mercado (BAPTISTA, 2018, p. 30-31). Além disso, também se verificam condições particulares relativas à competição entre agentes econômicos - *winner takes most*, *winner takes all*⁷ e *first mover*⁸. Tais conceitos dizem respeito ao competidor vencedor que, seja pela eliminação de concorrentes, seja pelo pioneirismo em um movimento de mercado, consegue capturar a maior parcela ou até mesmo a totalidade do respectivo mercado, ao mesmo tempo em que se blinda das ameaças de concorrentes ou entrantes (CADE, 2023, p. 16).

Essa nova estrutura de funcionamento oferece um grande desafio para o sistema de defesa da

6 *Market-share* é a parcela, fração ou participação no mercado detida por um agente econômico (FORGIONI, 2020, p. 281).

7 Ocorre quando em determinada disputa em um mercado relevante o agente econômico vencedor “leva a maioria” ou “leva tudo”, seja por conta da presença de efeitos de redes diretos, pelos custos de troca ou pela base de dados formada (CADE, 2023, p. 16).

8 *First mover* significa que o pioneiro em determinado mercado adquire tão rapidamente o poder de mercado que deixa as empresas entrantes no mercado em difíceis condições, muito aquém de sua posição (CADE, 2023, p. 16).

concorrência, levando em conta, ainda, a existência de fronteiras fluidas e o dinamismo apresentado por esse mercado (CADE, 2023, p. 95). Esses desafios são potencializados no contexto das plataformas *online*, primeiro pela sua condição de intermediadoras e hospedeiras de sites de empresas rivais e outros agentes econômicos (KHAN, 2017, p. 755) e, segundo, em razão das novas estratégias de crescimento e ampliação do alcance como “preço zero”, utilização de dados, personalização dos serviços e efeitos de rede (CADE, 2023, p. 15-16).

De modo geral, as plataformas digitais são identificadas como intermediárias que conectam “dois ou mais grupos de usuários e se beneficiam dos efeitos de rede diretos e indiretos” (CADE, 2020, p. 12). Algumas plataformas, como é o caso dos motores de busca, operam em múltiplos lados, na medida em que interconectam fornecedores, consumidores, sites e outras plataformas, cada qual estabelecendo uma relação específica com o motor de busca (CADE, 2023, p. 97). Em resumo, as plataformas digitais podem (e normalmente o fazem) operar sob uma racionalidade de mercado diversa das estratégias usualmente adotadas por agentes econômicos.

Como exposto, é necessária a compreensão da lógica de funcionamento desses mercados e o reconhecimento das diferenças que o separam dos mercados tradicionalmente objeto da análise antitruste. Sendo assim, todas essas particularidades devem ser consideradas no exame de práticas anticoncorrenciais, especialmente vinculadas ao agente econômico Google, como se verifica a seguir.

2.3. O Google e o direito da concorrência

O Google é uma companhia multinacional de tecnologia que oferece diversos serviços relacionados à internet como *software*, armazenamento em nuvem, tecnologias de pesquisa e publicidade online (GOOGLE, 2022)⁹. O Google oferece a maioria de seus serviços gratuitamente aos usuários, ao mesmo tempo em que os conecta às empresas anunciantes que podem ou não contar com um serviço pago em publicidade, por exemplo (GOOGLE..., 2017). Conforme pesquisa realizada pela Kantar, oito em cada dez brasileiros utilizam diariamente os serviços da empresa Google (GOOGLE COMPLETA..., 2020).

O principal serviço oferecido pelo Google é o motor de busca, que opera com duas classes de exposições de páginas (ranqueamento): (i) a busca orgânica, que reflete o engajamento e o crescimento do interesse dos usuários pela página, colocando-a em posição de vantagem na apresentação dos resultados (FONSECA, 2018) e (ii) a busca inorgânica, que consiste na remuneração ao Google para melhor ranquear as páginas da *web*, as quais serão exibidas como “anúncios”. Desse segundo modelo de busca origina-se o seu serviço de publicidade que é o responsável pela maior parte da receita do Google (o “*Google Ads*” ou apenas “*Ads*”) (COMO O GOOGLE..., 2016).

Nessa condição, o Google é uma plataforma de múltiplos lados, na medida em que conecta os internautas aos resultados mais relevantes disponíveis em sua base de dados por meio de palavras-chave inseridas (GRIMMELMANN, 2009, p. 945-946). Ao mesmo tempo, viabiliza às empresas anunciantes que os consumidores cheguem até suas páginas e adquiram seus produtos e serviços (CADE, 2020, p. 75). O sucesso de plataformas de busca está intrinsecamente ligado ao volume de buscas realizadas e de dados indexados, ou seja, quanto mais buscas bem-sucedidas realizadas

9 Não se desconhece que o Google é empresa subsidiária da holding Alphabet Inc. desde 2015, no entanto, para o presente trabalho interessam apenas os serviços oferecidos pelo Google e sua dinâmica de funcionamento.



pelos consumidores, novos clientes serão atraídos, mais anunciantes optarão por utilizar os serviços e o algoritmo de busca será cada vez mais aprimorado (CADE, 2023, p. 99).

Essas características fazem com que o Google se posicione no centro do comércio eletrônico como uma verdadeira infraestrutura essencial para outros negócios (KHAN, 2017, p. 756). Essa aparente insubstituíbilidade dos serviços pode acarretar riscos para todos os lados que se utilizam da plataforma Google (HUGHES, 2020, p. 419). Primeiro, porque mantém os fornecedores vulneráveis às condições determinadas pela plataforma. Segundo, porque os consumidores não deterão outras opções igualmente relevantes para realizar uma busca ou encontrar produtos e serviços (SILVA, 2008, p. 479-480).

É nessa conjuntura que o direito da concorrência passou a se preocupar com as condutas do Google nos diversos mercados em que atua. Surgiram, então, decisões dos órgãos de defesa da concorrência ao redor do mundo reconhecendo o grande potencial de impacto das ações do Google no meio concorrencial. Para esse trabalho, analisou-se as decisões da *Federal Trade Commission* (EUA), da *European Commission* (União Europeia) e do Cade (Brasil).

A respeito da posição dominante, as autoridades antitruste citadas compartilham do entendimento acerca da verificação de posição dominante plena do Google em relação aos mercados relevantes delimitados. Notadamente, o Cade identificou que o Google detém, pelo menos desde 2011, *market share* superior a 90% em todos os cenários analisados no mercado de busca universal (BRASIL, 2019b, p. 9). A *European Commission* e a *Federal Trade Commission* em suas respectivas decisões também identificaram o amplo e pleno poder de mercado do Google nos mercados objeto de análise.

Dessa forma, percebe-se que a atividade do Google está ligada a um estímulo concorrencial, na medida em que oferece um ambiente propício para que empresas exponham seus produtos e serviços a um amplo público e concorram entre si pela preferência do consumidor. As inovações lançadas pelo Google muitas vezes se confundem com meios necessários para viabilizar a própria concorrência, pois os seus serviços envolvem comparação de preços, publicidade e exposição de empresas, produtos e serviços. Nesse cenário, torna-se importante analisar possíveis ganhos de eficiência ou efeitos positivos ao mercado gerados pelo Google em paralelo a potenciais condutas anticompetitivas.

3. OS GANHOS DE EFICIÊNCIA NA ANÁLISE CONCORRENCIAL

3.1. Por que ganhos de eficiência?

A Escola de Chicago estabelece a noção de eficiência econômica como o norte do sistema de defesa da concorrência (SAITO, 2016, p. 33-34). Para essa escola, o papel do antitruste não é o de tutelar o bem-estar dos concorrentes (BORK; SIDAK, 2012, p. 677), mas garantir que as empresas tenham incentivos para investir em inovação, reduzir custos e aumentar a qualidade de produtos e serviços, em benefício aos consumidores (SAITO, 2016, p. 152; SILVA, 2008, p. 463-464).

Para Bork, o *consumer welfare standard* deve orientar as análises concorrenciais, ao passo que, na essência, a tarefa basilar do antitruste seria a melhoria do que denomina “eficiência alocativa”, sem que seja prejudicada a denominada “eficiência produtiva” (BORK, 1973, p. 91). Na visão do autor, essas eficiências são determinantes para alcançar o desenvolvimento social e o papel da concorrência é garantir que as eficiências sejam ampliadas, em benefício geral aos consumidores.

Apesar de predominante e influente, o pensamento da Escola de Chicago sofreu críticas¹⁰. A Escola de Harvard apontou o que chamou de “falhas” da Escola de Chicago, notadamente em relação às grandes concentrações de empresas e às estruturas de mercado prejudiciais à política econômica que se formavam com o movimento natural dos mercados. A síntese do pensamento da Escola de Harvard seria evitar as concentrações econômicas (“*the big is bad*”) e dar preferência a uma estrutura de mercado pulverizada, uma vez que toma como pressuposto que o poder econômico será utilizado em práticas anticompetitivas (FORGIONI, 2020, p. 172). Nesse sentido, as excessivas concentrações de mercado, independentemente de gerarem benefícios, podem também gerar disfunções prejudiciais ao fluxo das relações econômicas (GABAN; DOMINGUES, 2012, p. 38).

Não obstante as divergências de pensamento e outras variações das duas principais escolas, órgãos de defesa da concorrência passaram a avaliar não somente os efeitos anticompetitivos das condutas, mas também os ganhos de eficiência no julgamento de condutas unilaterais e concentrações entre empresas (MATIAS-PEREIRA, 2006, p. 58). A consideração de ganhos de eficiência na análise das condutas surge como uma inovação, na medida em que deixa de lado a visão rígida e adapta-se às condições reais de mercado (CARVALHO, 2020, p. 46; MOTTA, 2003, p. 70-72).

Nesse sentido, a Comissão Europeia, através do *Discussion Paper*, revisou a abordagem da análise anticoncorrencial, afastando a perspectiva meramente formal e defendendo a análise sob os efeitos, compreendendo a consideração de justificações objetivas e ganhos de eficiência nos comportamentos potencialmente abusivos (CARVALHO, 2020, p. 39). Além disso, nas orientações da Comissão Europeia a respeito dos comportamentos abusivos de empresas com posição dominante consta que:

A Comissão considera que uma empresa em posição dominante pode igualmente justificar um comportamento que leve ao encerramento do mercado aos concorrentes, invocando ganhos de eficiência que são suficientes para tornar pouco provável um prejuízo para os consumidores [...] (UNIÃO EUROPEIA, 2009, § 30).

A análise da relevância dos ganhos de eficiência passa também pelo principal método de análise das condutas anticompetitivas – a regra da razão. Esse método envolve um julgamento pragmático da conduta do ponto de vista econômico-social (LOEVINGER, 1961, p. 9). Então, a regra da razão é uma técnica utilizada para tornar flexível a análise da conduta concorrencial, afastando-se da perspectiva legal restrita e dirigindo-se ao encontro da avaliação concreta do mercado, especialmente sob a perspectiva econômica e social (FORGIONI, 2020, p. 203).

Hovenkamp afirma que “*the entire logic of rule of reason proof is to put off and minimize the occasions for weighting and balancing pro- and anticompetitive effects*” (HOVENKAMP, 2017, p. 25). Nesse sentido, Forgioni esclarece que o prejuízo eventualmente suportado pelo concorrente é diferente do prejuízo à concorrência em si (FORGIONI, 2020, p. 253), o que significa que ganhos de eficiência, benéficos ao consumidor, são, de alguma forma, relevantes para a análise concorrencial (MOTTA, 2003, p. 66).

No Brasil, a Lei nº 12.529/2011, em seu art. 36 dispõe que “constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham

10 Ressalva-se que a diferenciação entre as escolas aqui abordada é argumentativa e não envolve, necessariamente, um critério cronológico.



por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados [...]”. Portanto, percebe-se que a verificação dos efeitos nocivos, concretos ou potenciais, ao mercado é o que gera a sanção pela prática de abuso de poder econômico (GABAN; DOMINGUES, 2012, p. 28).

Contudo, deve-se destacar que são escassas as referências na legislação brasileira a respeito das eficiências econômicas. A previsão mais específica consta no art. 88, §6º, incisos I e II¹¹, que dispõe a respeito da autorização para atos de concentração que impliquem em eliminação da concorrência, desde que se atinjam objetivos como a elevação da produtividade, qualidade de bens ou serviços, eficiência e desenvolvimento ou, ainda, que parte dos benefícios sejam repassados aos consumidores. De outro lado, para infrações à ordem econômica, o art. 36, §1º prevê uma excludente de ilicitude para o ato de domínio de mercado relevante, quando tal originar-se de maior eficiência de agente econômico em relação aos demais¹².

Não obstante, o bem jurídico tutelado de forma imediata pela legislação antitruste é a preservação da estrutura do mercado e a existência da concorrência em si, nos moldes constitucionais (PETTER, 2014, p. 281-282). Para atingir essa finalidade, a opção do legislador foi caracterizar os ilícitos concorrenciais (infrações à ordem econômica) a partir dos efeitos negativos gerados ao mercado, nos termos do art. 36 da lei.

Diante disso, apesar de no Brasil não haver previsão legal específica para a consideração dos ganhos de eficiência e efeitos positivos para as infrações à ordem econômica, essa análise é utilizada e decorre da interpretação da intenção da lei que sujeita a caracterização de condutas anticompetitivas à identificação dos efeitos causados (GABAN; DOMINGUES, 2012, p. 47). Daí se depreende que a lesividade à concorrência advém não somente de eventual restrição causada por determinada conduta, mas compreende o resultado geral de eventuais ganhos de eficiência sopesados pelas perdas e prejuízos suportados (POSSAS, 2004, p. 84).

A partir disso, o Cade, no julgamento de condutas ilícitas, poderá analisar não apenas os efeitos negativos para os consumidores, também serão relevantes as eficiências compensatórias que podem surgir da referida prática (BAPTISTA, 2018, p. 16). Outrossim, essa ponderação necessita ter critérios objetivos e parâmetros bem definidos, a fim de garantir a segurança jurídica, a aplicabilidade e a efetividade da legislação antitruste.

Em primeiro lugar, constatada a infração concorrencial e seus efeitos negativos (reais ou potenciais) será ônus da empresa investigada demonstrar, objetiva e especificamente, os ganhos de eficiência que contrabalanceariam os prejuízos gerados (MARTINS, 2019, p. 35-36). A aferição dos ganhos é verificável a partir de um exame do caso concreto e são diversas as formas de serem identificados na prática: (a) oficiando-se outras empresas do mesmo ramo ou dentro da cadeia vertical de mercado; (b) realizando estudos econômicos com os consumidores e usuários de determinados produtos ou serviços; (c) mapeando as condutas naturais de empresas nesses mercados; (d) ressaltando inovações pioneiras, etc.¹³.

11 Art. 88, § 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.

12 § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

13 Os itens elencados foram compilados por meio de um exame do método de avaliação aplicado ao controle de con-

Em segundo lugar, ainda que demonstrados objetivamente os ganhos de eficiência, esses devem compensar ou superar as perdas advindas da conduta, pois é o resultado geral da ponderação que é relevante para o direito da concorrência. Além disso, é preciso que os ganhos de eficiência alegados decorram diretamente da conduta objeto do exame, em relação de causa e efeito, assim como não pode ser constatado que as restrições impostas à concorrência são excessivas em relação aos benefícios alegados (MARTINS, 2019, p. 15).

Dessa forma, preliminarmente, é possível conceituar os ganhos de eficiência como sendo os efeitos benéficos gerais, de diversas naturezas, decorrentes de condutas de agentes econômicos, absorvidos pelo mercado, por consumidores ou por outros agentes econômicos. A partir dessa perspectiva, em que pese não se verifique posicionamento pacífico, conclui-se que existe alguma relevância na análise dos ganhos de eficiência em paralelo às condutas anticompetitivas.

3.2. As decisões do Cade e os ganhos de eficiência

Ao analisar o sistema de busca de jurisprudência do Cade¹⁴, foram encontrados 225 documentos em que é referida a expressão “ganhos de eficiência” na categoria de jurisprudência, que compreendem todas as espécies de procedimentos de competência do Cade. Encontraram-se ainda, 25 documentos que mencionam a expressão “efeitos líquidos positivos”, também compreendendo a totalidade dos procedimentos. Levou-se em consideração para essa análise as decisões do Cade em sede de controle de condutas (condutas unilaterais e colusivas), como também os atos de concentração. Optou-se por esse método uma vez que a etapa de análise dos efeitos é realizada pelo Cade em todos os atos submetidos ao seu exame.

Portanto, foram analisados 250 documentos encontrados na base de dados do Cade até maio de 2022, dentre eles: votos de conselheiros, pareceres do Ministério Público Federal (MPF) junto ao Cade, notas técnicas da Superintendência Geral, consultas e estudos econômicos disponíveis. Ressalta-se que o posicionamento oficial do Cade (Tribunal) apenas pode ser aferido mediante apreciação dos votos, decisões monocráticas ou colegiadas dos conselheiros, motivo pelo qual a análise foi concentrada (mas não limitada) para tais documentos.

Sobre esses documentos realizou-se uma análise de conteúdo, extraindo-se os seguintes dados: tipo de processo, agentes envolvidos, data de julgamento, conselheiro relator, resultado/ decisão, consideração ou não de ganhos de eficiência e trecho dos votos em que os conselheiros mencionam “ganhos de eficiência” ou “efeitos líquidos positivos”.

No Quadro 1 elencam-se os critérios e elementos vinculados pelo Cade a ganhos de eficiência ou efeitos líquidos positivos. Ressalta-se que nem todas as decisões abaixo identificaram a presença de ganhos de eficiência ou efeitos líquidos positivos no caso concreto. A análise realizada limitou-se à verificação dos elementos citados pelo Cade em conjunto com a menção aos ganhos de eficiência e efeitos positivos, independentemente do resultado do julgamento.

dutas pelo Cade, que pode ser verificado a partir da estrutura dos votos dos conselheiros nas decisões citadas ao longo deste trabalho ou, ainda, em diversas decisões contidas na base de dados da autarquia.

14 Cade. Sistema de busca de jurisprudência. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>.



Quadro 1 - Análise dos critérios e elementos vinculados a ganhos de eficiência e efeitos positivos extraídos do sistema de busca de jurisprudência do Cade

Crítérios e elementos	Decisões, votos e pareceres
Redução de custos de transação/custos marginais	BRASIL, 2017e; BRASIL, 2021d; BRASIL, 2021j; BRASIL, 2020c; BRASIL, 2018d; BRASIL, 2017d.
Bem-estar agregado	BRASIL, 2021; BRASIL, 2012; BRASIL, 2021i; BRASIL, 2021g; BRASIL, 2018e.
Compensação ou superação de efeitos negativos	BRASIL, 2021; BRASIL, 2019; BRASIL, 2018c; BRASIL, 2016b; BRASIL, 2016.
Estímulos à inovação/otimização de infraestruturas	BRASIL, 2020e; BRASIL, 2022b; BRASIL, 2020d; BRASIL, 2017.
Incremento da rivalidade	BRASIL, 2021h; BRASIL, 2022; BRASIL, 2020b; BRASIL, 2015.
Redução de custos, racionalização de uso e divisão de riscos	BRASIL, 2021c; BRASIL, 2022; BRASIL, 2018; BRASIL, 2009.
Aplicação da regra da razão	BRASIL, 2021k; BRASIL, 2021j; BRASIL, 2017d; BRASIL, 2016b; BRASIL, 2012.
Indispensabilidade e essencialidade da restrição para obtenção de ganhos	BRASIL, 2018b; BRASIL, 2020; BRASIL, 2017b; BRASIL, 2016c.
Permanência e continuidade das eficiências	BRASIL, 2021b; BRASIL, 2015c.
Exclusão de concorrentes menos eficientes	BRASIL, 2020e; BRASIL, 2015b.
Capacidade de expansão de rivais	BRASIL, 2020f
Extensão da prática eficiente a todos os consumidores	BRASIL, 2019e.
Relatos de empresas e consumidores	BRASIL, 2021l.
Aumento da transparência no mercado	BRASIL, 2017c.
Sinergia	BRASIL, 2021e.
Melhoria na qualidade de produtos e serviços	BRASIL, 2014.
Dinamicidade do mercado analisado	BRASIL, 2021f.

Fonte: elaboração do autor com base na pesquisa de jurisprudência do Cade (até maio de 2022).

A partir do Quadro percebe-se que a maior parte dos documentos analisados que mencionam ganhos de eficiência ou efeitos líquidos positivos os relacionam a: (i) redução de custos de transação/custos marginais; (ii) bem-estar agregado; (iii) compensação ou superação de efeitos negativos; (iv) estímulos à inovação/otimização de infraestruturas; (v) incremento da rivalidade; (vi) redução de custos, racionalização de uso e divisão de riscos e (vii) aplicação da regra da razão.

Da análise dos documentos supra, permite-se inferir que a temática dos ganhos de eficiência é analisada pelo Cade junto da avaliação dos efeitos das condutas praticadas, ou seja, na última etapa do exame, após a identificação do ilícito concorrencial praticado e respectivo enquadramento legal. Além disso, o Cade considera ser ônus da empresa investigada demonstrar, clara e objetivamente, que a prática suscitada gerou efeitos positivos ao mercado, em paridade ao ônus da acusação de demonstrar a geração de efeitos negativos.

Para mais, verificou-se a significativa consideração dos ganhos de eficiência e efeitos líquidos positivos nos casos de ato de concentração. Tal constatação decorre da previsão legal expressa do art. 88, §6º da Lei nº 12.529/2011, que impõe a necessidade de consideração dos efeitos benéficos alcançados pela concentração dos agentes econômicos. Como ressaltado, essa previsão legal não encontra correspondência para as condutas unilaterais, motivo pelo qual encontraram-se menos documentos com essa menção nesses procedimentos.

Diante disso, apesar de não ser apta a indicar um posicionamento definitivo do Cade, constatou-se que os ganhos de eficiência e efeitos líquidos positivos são, pelo menos, considerados pelo órgão de defesa econômica na avaliação de condutas anticompetitivas. Portanto, infere-se que é necessário o aprofundamento da temática, uma vez que pode impactar decisivamente nas decisões do Cade.

4. APLICABILIDADE DOS GANHOS DE EFICIÊNCIA AO GOOGLE

A lei concorrencial foi formulada para analisar condutas sob a ótica dos efeitos produzidos, devendo considerar, para tanto, os prejuízos, reais ou potenciais, à concorrência, nos termos do art. 36 da Lei nº 12.529/2011. Contudo, verifica-se a relevância de também considerar na análise concorrencial eventuais ganhos de eficiência e melhorias no bem-estar do consumidor geradas pelos agentes econômicos. Dessa forma, nesse capítulo, busca-se analisar a aplicação dos ganhos de eficiência ao Google, em especial à luz dos impactos de suas condutas nos mercados em que está inserido a partir de decisões concretas de autoridades antitruste.

O Google, enquanto uma companhia digital, opera a partir de constantes inovações, seja em sua estratégia de mercado, *design*, algoritmo de busca ou em produtos e serviços ofertados. Como regra, as inovações aplicadas são dotadas de racionalidade econômica, na medida em que consumidores e fornecedores que utilizam a plataforma têm expectativas de melhorias que acompanhem o desenvolvimento do mercado. Não atendidas essas expectativas, a tendência natural é a substituição dos serviços oferecidos pelo Google por outros disponíveis (WHISH; BAILEY, 2012, p. 28).

A proteção à concorrência deve abranger estímulos à continuidade da inovação e do desenvolvimento econômico representada pela redução de preços e custos de produção e pela melhoria na qualidade de produtos e serviços oferecidos (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 32). O grande desafio no contexto do Google é sopesar essas inovações e eficiências com condutas potencialmente ilícitas e prejudiciais à concorrência.

Serve-se de suporte para esse exame, as decisões proferidas por três das principais autoridades antitruste do mundo: o Cade, a FTC e a *European Commission*. Utilizou-se dessas decisões uma vez que permitem aproximar o objeto de pesquisa deste trabalho às situações concretas envolvendo o agente econômico Google, sob as quais as autoridades se debruçaram. Não se ignora a existência de outros casos envolvendo o Google nas referidas jurisdições, elegeu-se essas decisões pois envolvem a análise de um contexto fático (condutas) bastante semelhante por diversas autoridades, sendo os casos encontrados que mais se aproximam do objeto do artigo.

Ao final, aborda-se todos os casos do Cade com decisão definitiva nos quais o Google figurou no polo de representada. O exame foi direcionado, em especial, para o conteúdo dos votos dos conselheiros que discorreram acerca dos ganhos de eficiência ou efeitos positivos ao mercado



e sua aplicabilidade ao Google.

4.1. Os casos Google na *Federal Trade Commission* e na *European Commission*

A *Federal Trade Commission* foi pioneira no exame de caso relevante envolvendo o agente econômico Google. A decisão proferida em 2013 arquivou o caso, por unanimidade, após detalhada instrução processual que contou com pareceres de especialistas, revisões de páginas da *web*, entrevistas com profissionais nas empresas, estudos empíricos e econômicos de mercado (UNITED STATES, 2013, p. 3-4).

Conforme a FTC, as evidências juntadas e os estudos realizados indicaram que o Google adotou mudanças racionais em seu motor de busca, melhorando a qualidade do serviço e dos resultados apresentados, o que provavelmente teria beneficiado os consumidores (UNITED STATES, 2013, p. 3-4). O caso foi arquivado sob o fundamento da ausência de provas e da existência de justificativa econômica legítima para a alteração de *design* na exibição das páginas da *web*, que originaram a abertura do processo (UNITED STATES, 2013, p. 3-4).

A decisão proferida pela *European Commission* teve conteúdo diametralmente diverso. Em 2017 o órgão antitruste da União Europeia aplicou multa de € 2.424.495.000 ao Google, além de outras sanções restritivas e determinações de comportamento para cessar as condutas identificadas como anticompetitivas (EUROPEAN COMMISSION, 2017, § 754).

Em síntese, a comissão concluiu que o Google impôs restrições excessivas aos seus concorrentes no sistema de comparação de preços, restrições essas que não aplicava aos próprios serviços. Com isso, foi configurada a conduta discriminatória e o abuso de posição dominante para se colocar em posição mais vantajosa em relação aos concorrentes do ponto de vista dos usuários (EUROPEAN COMMISSION, 2017, § 711).

Apesar da condenação aplicada, a Comissão reconheceu a possibilidade de a empresa acusada demonstrar, de forma clara e objetiva, que o efeito anticoncorrencial gerado foi contrabalanceado por vantagens em termos de ganhos de eficiência que também beneficiaram os consumidores¹⁵. Essa interpretação foi extraída pela Comissão do art. 102 do *Treaty on the Functioning of the European Union* (TFUE)¹⁶, concluindo que uma empresa dominante pode justificar o comportamento suscetível de ser enquadrado como anticoncorrencial mediante a comprovação de efeitos positivos significativos. Contudo, essa justificativa não foi demonstrada pelo Google no caso concreto, o que culminou na referida condenação.

15 *It is open to a dominant undertaking to provide a justification for conduct that is liable to be caught by the prohibition under Article 102 of the Treaty and Article 54 of the EEA Agreement. It may demonstrate, for that purpose, either that its conduct is objectively necessary, or that the exclusionary effect produced may be counterbalanced, outweighed even, by advantages in terms of efficiency gains that also benefit consumers* (EUROPEAN COMMISSION, 2017, § 340).

16 É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em [...] (tradução livre do autor).

4.2. Os casos Google no Cade

4.2.1. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 e nº 08700.009082/2013-03

A primeira denúncia foi apresentada pela E-commerce Media Group e recebida pelo Cade em 2011. Essa acusação deu origem a dois processos administrativos: o P.A. nº 08012.010483/2011-94 (BRASIL, 2019b), instaurado para apurar conduta de tratamento discriminatório e *self-preferencing*¹⁷ e o P.A. nº 08700.009082/2013-03 (BRASIL, 2019d) que teve por objeto a análise exclusiva da conduta de *scraping*¹⁸.

O P.A. nº 08012.010483/2011-94 foi arquivado após decisão de 3 votos a 3, com o conselheiro-presidente fazendo o uso de seu voto de qualidade para decidir pelo arquivamento do caso pela falta de comprovação de efeitos das condutas imputadas e pela verificação de eficiências geradas.

Nesse caso, houve parecer do Ministério Público Federal opinando pelo arquivamento, onde reconhece que o Google inova constantemente e possibilita melhores experiências aos usuários, além de ser uma plataforma valorizada pelos varejistas (BRASIL, 2019b, Parecer nº 016-SCD/MPF/Cade do Ministério Público Federal – Ofício junto ao Cade, §69). No voto condutor do acórdão, o conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia explorou as questões relativas à inovação pró-competitiva, efeitos líquidos positivos e negativos, ganhos de eficiência e a ponderação no exame das infrações.

Destacam-se as principais linhas de argumentação do voto vencedor: (i) sob o crivo da regra da razão, condutas unilaterais devem ter comprovados seus efeitos negativos líquidos e mais, que esses se sobreponham às eficiências produzidas¹⁹; (ii) é necessário realizar a ponderação entre os efeitos positivos e negativos gerados por uma conduta²⁰ e (iii) reconheceu a geração de eficiências e efeitos positivos pela inovação introduzida pela Google no sistema de buscas²¹.

Nota-se que um dos principais pontos de divergência entre o voto condutor da decisão e o voto que orientou o posicionamento divergente foi justamente a compensação, analisada sobre a regra da razão, entre os efeitos negativos e as eficiências geradas pelas ações do Google. É o que se extrai diretamente do voto da conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira que apresentou o primeiro voto divergente:

[...] Divirjo do entendimento do Conselheiro Relator no sentido de que, nas condutas analisadas a partir da regra da razão, “é necessária a comprovação de efeitos

17 O *self-preferencing* ocorre quando um player, detentor de Posição Dominante, dá preferência aos seus próprios produtos ou serviços em detrimento dos de agentes concorrentes (CADE, 2023, p. 193).

18 O termo “*scraping*” significa a mesma coisa que “*crawling*” (rastreamento de conteúdo de sites não afiliados) para ferramentas de busca como o Google, Bing e Yahoo!. Ambos se referem ao processo de fazer uma cópia de uma página (ou de uma parte de uma página) de um terceiro. [...] O termo “*scraping*” não se refere à exibição de conteúdo, mas sim ao seu rastreamento (BRASIL, 2019d, § 111).

19 As condutas unilaterais são – e devem ser – apreciadas a partir da regra da razão, diante da qual, para a condenação de uma empresa por prática anticompetitiva, é necessária a comprovação de efeitos negativos líquidos, ainda que potenciais. Ou seja, é imperioso que os danos ou possíveis danos originados das práticas enquadráveis em tipos anticoncorrenciais se sobreponham às eficiências providas de tais ações. (BRASIL, 2019b, § 388).

20 [...] *When conduct has both positive and negative effects on consumer welfare, though, balancing tests require that those effects be weighed against each other to determine which effect is stronger. Thus one would need to know what the magnitudes are to be able to do the balancing* (OECD, 2006, p. 23).

21 Essas informações mais precisas fornecidas pelos PLAs aumentam a taxa de conversão de compras, ou seja, um número maior de usuários realiza concretamente a compra após clicar em um anúncio exposto nos PLAs. Esse fato fortalece a tese de que os PLAs trouxeram eficiências para ambos os lados da plataforma, uma vez que usuários estão realizando mais compras e anunciantes aumentaram sua taxa de conversão, com benefícios comprovados ao menos a esses dois agentes. (BRASIL, 2019b, § 524).

negativos líquidos, ainda que potenciais” e que “é imperioso que os danos ou possíveis danos originados das práticas enquadráveis em tipos anticoncorrenciais se sobreponham às eficiências provindas de tais ações” [...] A meu ver, essa é a última etapa da análise, mas uma conduta pode ser tida como anticoncorrencial caso a justificativa pró-competitiva apresentada pela defesa seja insuficiente ou caso exista uma forma menos restritiva à concorrência de atingir o mesmo propósito [...] (BRASIL, 2019b, §§ 67 e 68).

Por sua vez, o P.A. nº 08700.009082/2013-03, instaurado para apurar a conduta de *scraping*, foi arquivado por unanimidade. Contudo, os autos foram encaminhados para a Superintendência Geral com o objetivo de averiguar conduta de abuso de posição dominante no mercado de busca e no mercado verticalmente relacionado de notícias. Mais uma vez, uma das preocupações manifestadas nos votos dos conselheiros foi a verificação dos efeitos líquidos negativos gerados pela conduta.

Nesse caso, a representante E-Commerce Media Group alegou que a conduta praticada pelo Google não detinha racionalidade econômica e gerou efeitos negativos aos consumidores como a redução dos incentivos à inovação, o aumento do valor aos usuários e a redução no número de sites concorrentes de qualidade. Em seu voto, a conselheira relatora Polyanna Ferreira Silva Villanova concluiu pela imprescindível necessidade de serem comprovados os efeitos líquidos negativos, concretos ou potenciais, sendo tal ônus da acusação, destacando que:

[...] Os atos passam, assim, por uma análise da regra da razão, que deverá inquirir sobre o poder de mercado dos agentes econômicos envolvidos; eventual existência de posição dominante; ocorrência concreta ou potencial de efeitos líquidos positivos ou negativos; e, por fim, avaliar se há justificativas econômicas para a conduta (BRASIL, 2019d, § 60).

Dessa forma, da análise dos casos se extrai que, apesar de algumas divergências sobre critérios de aplicabilidade da regra da razão, o Cade considerou a geração de efeitos líquidos positivos e ganhos de eficiência gerados pelo Google na apuração das condutas potencialmente anticompetitivas. Apesar de não indicar um posicionamento definitivo, as argumentações apresentadas apontam para a necessidade de aprofundamento do tema relativo à ponderação entre efeitos positivos e negativos no exame de condutas anticoncorrenciais.

4.2.2. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19

A Microsoft, em 2013, apresentou representação alegando abuso de posição dominante do Google e inserção de cláusula restritiva à concorrência em seu serviço de anúncios - o Google Adwords - a denúncia deu origem ao P.A. nº 08700.005694/2013-19 (BRASIL, 2019c). No curso do processo, em 2016, a Microsoft e o Google firmaram acordo por meio do qual a Microsoft renunciou à representação, o que gerou a retificação do polo ativo para que o Cade, *ex officio*, passasse a atuar como representante.

O objeto de análise desse processo foi, exclusivamente, a inserção de cláusula potencialmente anticompetitiva nos Termos e Condições de Uso do Google Adwords, o sistema de anúncios pagos da Google. A conselheira Polyanna Ferreira Silva Villanova, em seu voto, identificou benefícios aos

usuários da plataforma e externalidades positivas indiretas que resultam na sua maior atratividade/ essencialidade aos anunciantes e aos consumidores (BRASIL, 2019c, § 71).

Por seu turno, o conselheiro relator Maurício Oscar Bandeira Maia entendeu pela racionalidade da conduta do Google, valendo-se da teoria de que os efeitos negativos gerados ao mercado relevante devem ser contrapostos às justificativas econômicas (BRASIL, 2019c, § 224). Como resultado dessa ponderação, é possível avaliar se os efeitos líquidos são positivos ou negativos, concluindo pela ilegalidade ou não da respectiva prática. O processo foi arquivado, por unanimidade, pela ausência de indícios de infração à ordem econômica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho objetivou identificar se (i) ganhos de eficiência são relevantes para a análise de condutas anticompetitivas e (ii) o Google produz ganhos de eficiência ou efeitos positivos no contexto dos mercados digitais capazes de compensar ou atenuar possíveis condutas anticompetitivas. A análise foi limitada à literatura nacional e internacional que aborda os ganhos de eficiência e sua relação com as práticas anticompetitivas. Incluiu-se, ainda, o estudo sobre os fenômenos e particularidades dos mercados digitais, bem como o exame do modelo de negócios do Google e os aspectos concorrenciais relevantes deste agente econômico.

Em relação à pesquisa jurisprudencial, limitou-se à análise das decisões disponíveis na base de dados de consulta do Cade, exclusivamente para aquelas decisões que mencionavam ganhos de eficiência ou efeitos líquidos positivos à concorrência. Em adição, realizou-se a análise das principais decisões envolvendo o Google na FTC, *European Commission* e Cade. Frisa-se que não se identificou um entendimento uniforme das autoridades antitruste sobre o tema, mas sim a necessidade de aprofundamento da temática a partir das divergências constatadas na literatura e nas decisões das autoridades de defesa da concorrência.

Dessa forma, concluiu-se que ganhos de eficiência e efeitos positivos ao mercado podem ser considerados no exame de condutas pelos órgãos de defesa da concorrência. Ressalta-se que os benefícios aos consumidores não devem ser o único parâmetro de análise, tampouco se sobrepor aos prejuízos para a concorrência em si. Isso, porque os consumidores não são o objeto imediato de proteção do direito antitruste que, na essência, tutela a livre concorrência e a livre iniciativa.

Apesar disso, o bem-estar dos consumidores é tutelado de forma reflexa (indireta) pelo direito antitruste, servindo como termômetro para a aferição dos efeitos das condutas. Por essa razão, entende-se que a análise concorrencial deve acompanhar ou considerar também os efeitos para os consumidores (positivos e negativos). De outro lado, os ganhos de eficiência, segundo a abordagem deste trabalho (*lato sensu*), envolvem, além dos benefícios para os consumidores, ganhos para outros agentes econômicos, dentro ou fora do mercado relevante, assim como para a estrutura econômica como um todo, especialmente quando se relacionam ao estímulo à inovação e ao desenvolvimento.

A partir disso, analisando as decisões concretas do Cade (mercado brasileiro) envolvendo o Google, foi possível concluir que o Google pode gerar ganhos de eficiência ao mercado que são relevantes para análise concorrencial. No entanto, destaca-se que não há entendimento pacífico a respeito da geração de ganhos de eficiência pelo Google. De modo geral, nas decisões proferidas pelo



Cade, ainda que mencionem benefícios aos consumidores gerados pelo Google, existem também preocupações com a dificuldade de mensurar as alegadas eficiências.

Nesse panorama, o Google se insere como uma empresa que ao mesmo tempo em que produz ganhos de eficiência e inova seus produtos e serviços oferecidos, também oferece riscos à concorrência por conta de sua posição dominante destacada. Ao fim e ao cabo, toda a conduta do Google é relevante para o direito da concorrência. Assim como toda a prática anticoncorrencial é relevante, também o são as condutas benéficas à concorrência, na medida em que, de regra, seus efeitos têm um alcance significativo para o mercado e para os consumidores.

Não obstante, identificou-se importantes ressalvas para análise antitruste em casos semelhantes: (i) como todo estudo econômico, a avaliação deve ser feita sempre a partir do caso concreto, mediante produção de evidências que determinem o nível de concorrência e de afetação positiva ou negativa gerada por determinada conduta; (ii) os mercados digitais e suas particularidades ainda não foram integralmente compreendidos e estão em constante mudança e dinamismo; (iii) não há unanimidade ou entendimento pacífico, na literatura ou na jurisprudência, a respeito da compensação entre prejuízos e ganhos de eficiência nas condutas anticoncorrenciais; (iv) a aferição de ganhos de eficiência não isenta a empresa investigada de comprovar a racionalidade econômica da medida implementada, bem como a imprescindibilidade de tal conduta para alcançar os efeitos benéficos sem comprometer excessivamente a concorrência no mercado.

O Google, assim como outros grandes agentes econômicos, seguirá oferecendo desafios para os órgãos de defesa da concorrência, tais desafios requerem um constante aprofundamento científico, ao que se propôs esse trabalho ainda que como análise preliminar. Para fins de aprofundamento do tema sugere-se um estudo comparativo da legislação concorrencial brasileira em relação à norte-americana, europeia e outras, a fim de identificar a existência de previsões legais para os ganhos de eficiência na avaliação de práticas anticompetitivas. Ademais, torna-se relevante identificar a origem da aplicação dos ganhos de eficiência e efeitos positivos na dinâmica concorrencial, em especial a partir das decisões de autoridades antitruste pioneiras na aplicação desses conceitos.

REFERÊNCIAS

ATLAS. **E-commerce Radar: 1º semestre 2017: Resultados do mercado de e-commerce do Brasil.** São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/489CmaT>. Acesso em: 15 out. 2021.

BAPTISTA, Anna Carolina Barros. **Mercados Digitais: características e seus Impactos na Análise da Defesa da Concorrência – Casos Facebook/Whatsapp e Google Search.** 2018. Monografia (Bacharelado em Economia) – Instituto de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/48gey5j>. Acesso em: 5 jun. 2022.

BIGDATA CORP. & PAYPAL. **O Perfil do E-Commerce Brasileiro.** Rio de Janeiro: Bigdata Corp., 2020. Disponível em: <https://bit.ly/390Yith>. Acesso em: 4 jun. 2022.

BINOTTO, Anna; KASTRUP, Gustavo Henrique C. Camargo. Ferramentas antigas para problemas novos? O que é possível apreender das recentes decisões do caso Google Shopping. **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, São Paulo, v. 4, n. 10, jan./mar. 2021.

BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox.** New York: Basic Books, 1973.

BORK, Robert H.; SIDAK J. Gregory. What does the Chicago school teach about internet search and the antitrust treatment of google? **Journal of Competition Law & Economics**, v. 8, n. 4, p. 663–700, 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3v007DO>. Acesso em: 5 jun. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.005719/2014-65. 2015. Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo. Data de julgamento: 25 fev. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.006723/2015-21**. 2016. Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Data de julgamento: 16 mai. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.012073/2014-72**. 2021. Relator Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani. Data de julgamento: 04 mai. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração 08700.002569/2020-86**. 2021b. Relator Conselheiro Luis Henrique Bertolino Braido. Data de julgamento: 22 abr. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 15 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração 08700.004860/2016-11**. 2017. Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Data de julgamento: 27 mar. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 15 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração 08700.005598/2020-08**. 2021c. Relator Conselheiro Luis Henrique Bertolino Braido. Data de julgamento: 21 jun. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 15 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.000149/2021-46**. 2021d. Relatora Conselheira Lenisa Rodrigues Prado. Data de julgamento: 15 dez. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 15 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.000411/2021-52**. 2021e. Relatora Conselheira Lenisa Rodrigues Prado. Data de julgamento: 21 dez. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 15 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.000472/2020-39**. 2020. Relator Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani. Data de julgamento: 29 set. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 15 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.000727/2021-08**. 2022. Relator Conselheiro Luis Henrique Bertolino Braido. Data de julgamento: 17 fev. 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 03 mar. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.001134/2020-14**. 2020b. Relator Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani. Data de julgamento: 24 nov. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 03 mar. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de concentração nº 08700.002276/2018-84**. 2018. Relator Conselheiro João Paulo de Resende. Data de julgamento: 08 nov. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 03 mar. 2022.



BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.003969/2020-17**. 2021f. Relator Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani. Data de julgamento: 16 jun. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 03 mar. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.004481/2021-80**. 2021g. Relator Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann. Data de julgamento: 13 out. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 03 mar. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.004494/2018-53**. 2020c. Relator Conselheiro Luis Henrique Bertolino Braidó. Data de julgamento: 07 mai. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 03 mar. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.005911/2018-85**. 2019. Relator Conselheiro João Paulo de Resende. Data de julgamento: 15 abr. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 03 mar. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.006163/2019-39**. 2020d. Relatora Conselheira Lenisa Rodrigues Prado. Data de julgamento: 03 jun. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 03 mar. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.006185/2016-56**. 2017b. Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Data de julgamento: 30 jun. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.006656/2020-11**. 2021h. Parecer. Superintendente-geral substituta Patrícia Alessandra Morita Sakowski. Data de julgamento: 14 mai. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração nº 08700.009924/2013-19**. 2021i. Relator Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani. Data de julgamento: 14 out. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato de Concentração 08700.000726/2021-08**. 2022b. Relator Conselheiro Luis Henrique Bertolino Braidó. Data de julgamento: 18 fev. 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Consulta 08700.002055/2021-10**. 2021j. Relatora Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira. Data de julgamento: 07 jul. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Consulta 08700.004460/2021-64**. 2021k. Relatora Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira. Data de julgamento: 21 dez. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Data de julgamento: **Requerimento nº 08700.005902/2017-11**. 2018b. Coordenador Geral Marcelo Nunes de Oliveira. Nota Técnica nº 10/2018/CGAA2/SGA1/SG/Cade. Data: 20 mar. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Inquérito Administrativo 08700.006173/2020-**

16. 2021l. Superintendente-Geral interino Diogo Thomson de Andrade. Data: 14 jul. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Inquérito Administrativo nº 08700.004563/2017-48**. 2020e. Superintendente-geral substituta Patrícia Alessandra Morita Sakowski. Data: 11 ago. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.001099/1999-71**. 2012. Relator Conselheiro Carlos Eமானuel Joppert Ragazzo. Data de julgamento: 26 mai. 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 12 fev. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44**. 2009. Relator Conselheiro César Costa Alves de Mattos. Data: 11 nov. 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 15 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.002096/2007-06**. 2015b. Relatora Ana Frazão. Data de julgamento: 06 mai. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.002568/2005-51**. 2016b. Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Data de julgamento: 15 dez. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.007356/2010-27**. 2015c. Relatora Ana Frazão. Data de julgamento: 08 abr. 2015. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 15 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94**. 2019b. Relator Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia. Data de julgamento: 24 jun. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 15 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.011042/2005-61**. 2014. Relator Conselheiro Marcos Paulo Verissimo. Data de julgamento: 12 nov. 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 15 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.012740/2007-46**. 2016c. Relator Márcio de Oliveira Júnior. Data de julgamento: 06 set. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 15 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19**. 2019c. Relator Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia. Data de Julgamento: 19 jun. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 15 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03**. 2019d. Relatora Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova. Data de julgamento: 01 jul. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo 08012.001518/2006-37**. 2018c. Relator Conselheiro Paulo Burnier da Silveira. Data de julgamento: 20 ago. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.000758/2003-**



71. 2018d. Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Data de julgamento: 03 out. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.002812/2010-42.** 2018e. Relatora Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt. Data de julgamento: 18 jun. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.005009/2010-60.** 2020f. Relator Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann. Data de julgamento: 17 ago. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08700.003341/2017-16.** 2017c. Nota Técnica nº 38/2020/CGAA8/SGA2/Cade. Data: 29 mai. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo nº 08012.002874/2004-14.** 2017d. Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Data de julgamento: 03 fev. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo nº 08012.007011/2006-97.** 2017e. Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo. Data de julgamento: 24 abr. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Recurso Voluntário nº 08700.005308/2019-84.** 2019e. Relator Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia. Data de julgamento: 03 dez. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília: Presidência da República, 05/10/1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.529/2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2011b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 04 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.965/2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: Presidência da República, 23/04/2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 30 set. 2022.

CADE. Departamento de Estudos Econômicos. **Documento de Trabalho nº 005/2020.** Concorrência em mercados digitais: uma revisão de relatórios especializados. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2020. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrenca-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>. Acesso em: 05 mai. 2022.

CADE. Departamento de Estudos Econômicos. **Mercado de Plataformas Digitais.** Brasília. 2023. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Caderno_Plataformas-Digitais_Atualizado.pdf. Acesso em: 28 ago. 2023.

CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2022.

CARDOSO, Ricardo Ferreira. **O viesamento da Google e os desafios para a política de concorrência**. 2019. Dissertação (Mestrado em Economia) – Faculdade de Economia, Universidade do Porto, Porto/PT, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3t1Ukxe>. Acesso em: 6 jun. 2022.

CARVALHO, Mariana Filipa Borges de. **Posição Dominante no Âmbito do Direito da Concorrência: considerações de Eficiência Econômica**. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa, Porto/PT, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3NlKaOB>. Acesso em: 3 jul. 2022.

COMO O GOOGLE ganha dinheiro? **BBC News Brasil**, São Paulo, 30 mar. 2016. Disponível em: <https://bbc.in/46OzTBr>. Acesso em: 15 ago. 2022.

COUTINHO, Diogo R.; KIRA, Beatriz. Vinhos novos em garrafas velhas: os desafios do antitruste na internet. 2018. **Jota**, São Paulo, 2 ago. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3bmN wxO>. Acesso em: 10 ago. 2021.

EUROPEAN COMMISSION. **AT. 39740 – Google Search (Shopping)**. Bruxelas: *European Commission*, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/4aiNEeD>. Acesso em: 7 abr. 2022.

FONSECA, Letícia. Tráfego orgânico x Tráfego pago: fizemos a comparação entre os dois para você. **Rock Content**, Belo Horizonte, 15 jun. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3NoltQK>. Acesso em: 7 jun. 2022.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOOGLE. **Google products**. Disponível em: <https://about.google/intl/pt-BR/products/>. Acesso em: 19 ago. 2022.

GOOGLE COMPLETA 15 anos no Brasil mirando "onipresença" global. **EXAME**, São Paulo, 19 jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3GDKeFS>. Acesso em: 03/03/2022.

GOOGLE e Facebook dominam mais de 20% da publicidade no mundo. **EXAME**, São Paulo, 8 maio 2017. Disponível em: <https://exame.com/marketing/google-e-facebook-dominam-mais-de-20-da-publicidade-no-mundo/>. Acesso em: 4 ago. 2021.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros. 2010.

GRIMMELMANN, James. The Google Dilema. **New York Law School Review**, New York, v. 53, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/4agkVj>. Acesso em: 2 ago. 2022.

HOVENKAMP, Herbert J. **The rule of reason**. Legal Scholarship Repository: Pennsylvania, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/48giuTD>. Acesso em: 10 jan. 2022.

HUGHES, Benjamin Clay. Time for change: How Google's Anticompetitive Conduct Reveals the Deficiencies of Modern Antitrust Regulation. **Cardozo International & Comparative Law Review**, New



York, v. 4, n. 1, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3v03uKY>. Acesso em: 5 jul. 2022.

KHAN, Lina M. Amazon's Antitrust Paradox. New Haven: **The Yale Law Journal**, New Haven, Connecticut, v. 126, n. 3, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2r3LTkC>. Acesso em: 5 mar. 2022.

LOEVINGER, Lee. The rule of reason in antitrust law. In: ANNUAL MEETING, 1961. Missouri. **Proceedings** [...]. Missouri: Virginia Law Review, 1961. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/25750148>. Acesso em: 28 dez. 2022.

MARTINS, Mariana Ribeiro. **Abuso de Posição Dominante nos Mercados Digitais**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Católica Portuguesa, Lisboa/PT, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/47RnnTg>. Acesso em: 9 jul. 2022.

MATIAS-PEREIRA, José. Políticas de Defesa da Concorrência e de Regulação Econômica: as Deficiências do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. **Revista de Administração Contemporânea**, Brasília, v. 10, n. 2, abr./jun. 2006. Disponível em: <https://bit.ly/41lJ2jR>. Acesso em: 2 ago. 2022.

MENDES, Felipe. Muito além da Apple: as empresas mais valiosas do mundo. **Veja**, São Paulo, 3 jan. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/47O5416>. Acesso em: 3 jan. 2022.

MOTTA, Massimo. **Competition Policy: theory and practice**. New York: Cambridge University Press, 2003.

NUSDEO, Fabio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases**. Paris: OECD, 2006. Disponível em: <https://bit.ly/47R8aS8>. Acesso em: 14 maio 2022.

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

PETTER, Lafayette Josué. **Direito econômico**. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.

POSSAS, Mario Luiz. Eficiência seletiva: uma perspectiva neo-Schumpeteriana evolucionária sobre questões econômicas normativas. **Revista de Economia Política**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, p. 77-99, 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3v06iru>. Acesso em: 3 ago. 2022.

RODRIGUES JÚNIOR, Edson Beas. Reprimindo a concorrência desleal no comércio eletrônico: links patrocinados, estratégias desleais de marketing, motores de busca na Internet e violação aos direitos de marca. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 961, nov. 2015.

SAITO, Leandro. **Antitruste e novos negócios na internet: Condutas anticompetitivas ou exercício regular de poder econômico?** 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3tmoX0a>. Acesso em: 12 ago. 2022.

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

SILVA, Miguel Moura. **O abuso de posição dominante na nova economia**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa/PT, 2008. Disponível em: <https://bit.ly/47R8Gzy>. Acesso em: 13 ago. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante. **Jornal Oficial da União Europeia**, Bruxelas, 2009. Disponível em: <https://bit.ly/32tL1Fe>. Acesso em: 14 jul. 2022.

UNITED STATES. *Federal Trade Commission*. **Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google's Search Practices In the Matter of Google Inc. FTC File Number 111-0163**. Washington: *Federal Trade Commission*, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3Rh8T8a>. Acesso em: 4 abr. 2022.

WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition Law**. 7. ed. New York: Oxford, 2012.



4

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

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

Bruno Polonio Renzetti²

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

Carolina Saito da Costa³

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

RESUMO ESTRUTURADO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

STRUCTURED ABSTRACT

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

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

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

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



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

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

Classificação JEL: K21; L40; G34.

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

1. INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

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

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

2. HISTÓRICO LEGISLATIVO DA LEI DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

Quadro 1 – Atos de Concentração julgados entre 2004 e 2007

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

Fonte: Relatórios de Gestão - Cade – 2004-2007⁷

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

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

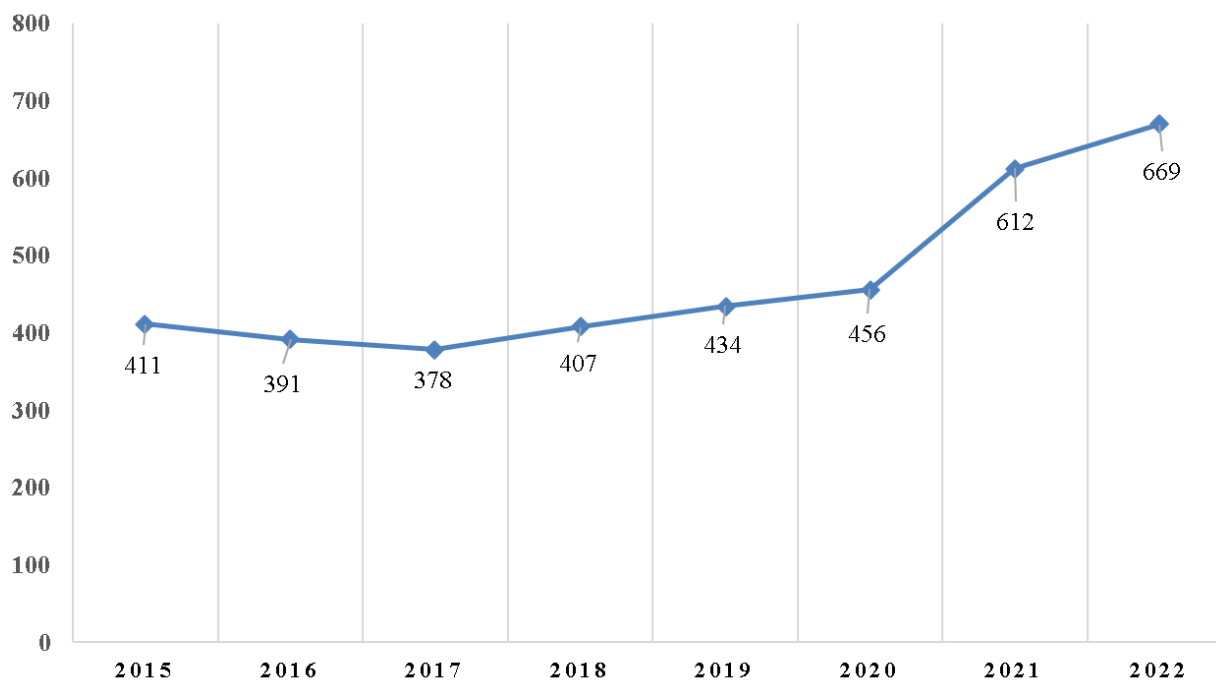
Após a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011 houve, de fato, uma redução do número de atos de concentração de notificação obrigatória perante o Cade, principalmente nos primeiros anos de vigência da lei. Isso ocorreu devido aos novos critérios de notificação, notadamente os valores de faturamento mais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

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

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



ATOS DE CONCENTRAÇÃO JULGADOS POR ANO



Fonte: Cade em Números

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

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

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

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

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

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

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

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

3. APLICAÇÃO DO DISPOSITIVO PELO CADE

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

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



3.1 Metodologia da pesquisa

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

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

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

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

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

Fonte: Sistema de Busca de Jurisprudência do Cade.

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

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

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

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

Fonte: Sistema de Busca de Jurisprudência do Cade.

3.2. Análise dos resultados

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

15 Despacho SG nº 1103/2023.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

critérios de notificação obrigatória.

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

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

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

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

CONSIDERAÇÕES FINAIS

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

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

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

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

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

REFERÊNCIAS

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



5

A CONCORRÊNCIA NO AMBIENTE DIGITAL E A NECESSIDADE DE UMA COOPERAÇÃO ANTITRUSTE INTERNACIONAL: O DIGITAL MARKETS ACT COMO REGULAÇÃO PARADIGMA?¹

Competition in the digital environment and the need for an international antitrust cooperation: the digital markets act as a paradigmatic regulation?

Melina Coelho Garcia²

Universidade Federal do Ceará (UFC) – Fortaleza/Ceará, Brasil

Emmanuel Teófilo Furtado Filho³

Universidade Federal do Ceará (UFC) – Fortaleza/Ceará, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: A Diante do avanço das grandes empresas de tecnologia no mercado internacional, percebe-se que tais multinacionais apresentam aspectos específicos de funcionamento que chamam atenção das autoridades reguladoras da concorrência, ensejando discussões e produções de regulações, tais como o *Digital Markets Act* (DMA), a propor uma cooperação antitruste que não se limita às fronteiras nacionais.

Objetivo: Face ao contexto observado, a presente pesquisa tem por objetivo investigar, a partir de uma abordagem descritiva e explicativa, de que modo a União Europeia, por meio da adoção do DMA, tem regulado a defesa da livre-concorrência no setor digital, em especial sobre as condutas adotadas pelas grandes empresas do setor, partindo do pressuposto de que a defesa da concorrência, em âmbito meramente nacional, não se demonstra plenamente suficiente para garantir o bem-estar dos

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

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

1 **Recebido em:** 30/06/2023 **Aceito em:** 24/10/2023 **Publicado em:** 21/12/2023

2 Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Diretora Conselheira do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI/UFC). Membro do Women Inside Trade - Starters. Fundadora da ONG Projeto Deixa Fluir. Membro consultivo da Comissão de Direito Tributário da OAB/CE. **E-mail:** cgarcia.melina@gmail.com
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9468750543134511> **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-7069-6531>

3 Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC) e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC (mestrado e doutorado). Doutor em Direito pela Universidade de Paris (França) e Universidade Federal do Ceará. Mestre em Direito pela Universidade de Le Havre (França). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Professor Orientador do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais (GEDAI/UFC). **E-mail:** emmanuelteofilofurtado@ufc.br
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9616022592424710> **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0003-3278-9985>

consumidores

Método: Os autores utilizam-se de metodologia documental, bibliográfica e qualitativa nas fontes, selecionando, sobretudo, artigos de origem estrangeira. Quanto aos objetivos, a pesquisa é explicativa e descritiva. O DMA é utilizado como *case* de estudo.

Conclusões: Após a análise realizada sobre o DMA como regulação voltada à concorrência nos mercados digitais, conclui-se que, em razão das peculiaridades e efeitos transnacionais produzidos pela ação das *big techs*, uma abordagem cooperativa e transnacional poderá trazer, como já tem sido observado, resultados mais efetivos na defesa da livre-concorrência no setor, sempre se levando em consideração os aspectos econômicos, jurídicos e regulatórios peculiares de cada Estado.

Palavras-chave: Digital Markets Act; cooperação internacional; *big techs*; mercado digital; concorrência.

STRUCTURED ABSTRACT

Context: Faced with the advancement of large technology companies in the international market, it is clear that such multinationals have specific operational aspects that call the attention of competition regulatory authorities, giving rise to discussions and production of regulations, such as the *Digital Markets Act*, to propose antitrust cooperation that goes beyond national borders.

Objective: Given the aforementioned context, the research aims to investigate, from an explanatory and descriptive approach, how the European Union, through the adoption of the DMA, has regulated the defense of free competition in the digital sector, especially regarding the conduct adopted by large companies in the sector, based on the assumption that the defense of competition, at a purely national level, is not fully sufficient to guarantee the well-being of consumers.

Method: The authors use documentary, bibliographic and qualitative methodology in the sources, selecting, above all, articles of foreign origin. As for the objectives, the research is explanatory and descriptive. The Digital Markets Act is used as a case study.

Conclusions: After analyzing the Digital Markets Act as a regulation aimed at competition in digital markets, we conclude that, due to the peculiarities and transnational effects produced by the action of the so-called “big techs”, a cooperative and transnational approach could bring, as already observed, more effective results for free trade defense in the sector, always taking into account the economic, legal and regulatory aspects peculiar to each State.

Keywords: Digital Markets Act; international cooperation; big techs; digital market; competition.

Classificação JEL: K21

Sumário: 1. 1. Introdução; 2. O que podemos compreender por “cooperação antitruste a nível internacional”?; 3. A Singularidade do Mercado Digital e a Demanda por uma Resposta Regulatória Específica; 3.1. O mercado digital é verdadeiramente “único”? As características das *big techs* como fator de especificação da economia digital; 3.2. Representam as *big techs* um risco à concorrência no mercado digital?; 4. O Digital Markets Act como regulação paradigma para uma análise antitruste cooperativa; 5. Conclusões; Referências.



1. INTRODUÇÃO

O Direito da Concorrência, ou “Antitruste”, foi desenvolvido como uma estratégia de soberania nacional, isto é, leis e políticas concebidas e aplicadas pelo Estado para proteger o interesse público dos abusos de poder econômico por certos atores (FRAZÃO, 2017).

Dessa maneira, objetivaram as autoridades regulatórias e legisladoras estabelecer, por meio de um instrumento legal, um sistema para controlar, prevenir e sancionar condutas abusivas que possam ser nocivas a interesses que atingem toda a coletividade: inovação, fixação de preços, qualidade dos produtos e serviços existentes no mercado, estímulo ao empreendedorismo, dentre outros.

Assim, no desenvolvimento dessa regulação, ainda que os objetivos sejam vários, o alcance da eficiência dos mercados é fundamental, ao qual se chega quando os atores econômicos – neste contexto, as empresas – estão fornecendo bens e serviços na qualidade e quantidade compatíveis com as necessidades dos consumidores, simultaneamente à minimização dos custos de produção.

Todavia, o desenvolvimento das tecnologias chamadas “disruptivas”, caracterizadas pelo amplo uso de *big data* e pelo domínio do mercado digital por grandes empresas de expressividade econômica internacional revelou que a mera existência de regras e políticas nacionais em matéria de antitruste não seria suficiente para garantir a verdadeira competitividade dentro dos mercados dominados pelas *big techs*.

Os mercados digitais, assim, são representados pela elevada concentração econômica em empresas cujos processos de produção, propaganda, comercialização e consumo se encontram pulverizados em diversas economias, atingindo elevada quantidade de usuários no espaço digital, o qual se caracteriza pela ausência de fronteiras físicas (BAGNOLI, 2021).

Esse mesmo mercado é marcado pela utilização de novas estratégias de concorrência voltadas ao domínio do setor pelas empresas que nele atuam, a partir da utilização de tecnologias que permitem a rápida conquista de novos usuários, por um lado, e o afastamento de novos concorrentes, pelo outro.

Face a tais circunstâncias, as autoridades nacionais de promoção à concorrência se encontram diante da necessidade de expandir sua atuação como forma de prevenir condutas abusivas tomadas pelas *big techs*, que possuem a potencialidade de não se limitarem a uma única economia, produzindo efeitos de escala internacional.

Nesse contexto, a União Europeia, a qual representa o mais elevado grau de integração econômica, política e jurídica em âmbito regional, inovou ao propor e, finalmente, aprovar o *Digital Markets Act* (DMA), previsto para começar a vigorar em 2023 e destinado a regular a atuação das *big techs* no mercado único europeu, prevenindo a prática de condutas que representem dano à concorrência dentro da União.

Dessa forma, a presente pesquisa possui como principal objetivo apresentar o DMA como regulação paradigma no Direito da Concorrência desenhado, especificamente, ao mercado digital, o qual possui necessidades e especificidades próprias, escapando ao já existente nas tradicionais normas voltadas a regular o antitruste.

Antes disso, todavia, cabe compreender de que modo já são elaboradas outras estratégias de cooperação internacional no âmbito do Direito da Concorrência e, ainda, as características próprias do mercado digital que tornam necessária a elaboração de uma regulação específica em matéria antitruste para regulá-lo.

Por fim, o artigo analisa e avalia as principais características e previsões contidas no DMA europeu, destacando não somente as obrigações e sanções que criam para as grandes empresas do setor digital, como Google, Apple e Facebook⁴, mas, ainda, de que maneira pode representar um novo paradigma em matéria de cooperação internacional para garantir a plena concorrência no mercado digital e, desse modo, atingir os fins visados por esse ramo do Direito.

Para que tais objetivos sejam alcançados, utiliza-se de metodologia documental e bibliográfica, qualitativa e quantitativa nas fontes, recorrendo-se amplamente ao amparo de relatórios produzidos por agências antitruste, bem como por organizações como a Organização para a Cooperação e para o Desenvolvimento Econômico (OCDE) e *International Competition Network* (ICN).

Outrossim, quanto aos objetivos, a pesquisa é de ordem explicativa, visando a demonstrar de que modo o DMA pode se revelar uma influência para que novas legislações sejam desenvolvidas com efeitos internacionais para permitir a devida concorrência no espaço digital.

2. O QUE PODEMOS COMPREENDER POR UMA “COOPERAÇÃO ANTITRUSTE A NÍVEL INTERNACIONAL”?

Em razão da progressiva internacionalização das atividades econômicas, as quais incluem os processos de produção, consumo e concentração de empresas, o Direito da Concorrência de escala unicamente nacional revela-se insuficiente para garantir a proteção da liberdade dos mercados e da competitividade.

Nesse contexto, ainda que um caso de concentração econômica ou de conduta abusiva seja concebido sob as regras de um único Estado soberano, seus efeitos poderão ser sentidos e refletidos na economia de outro país no qual os mesmos atores econômicos, praticantes do ato nocivo à concorrência, operam suas atividades (CARVALHO; SILVEIRA, 2013).

Assim, face à transformação na estrutura dos mercados, assumindo aspectos internacionais, enxerga-se a necessidade de uma mudança, igualmente, na abrangência dos efeitos do Direito Concorrencial, para atingir e prevenir condutas abusivas não importando onde elas são executadas. Ou seja, há a necessidade de permitir a produção extraterritorial dos efeitos da proteção à concorrência.

No intuito de defender e promover o Direito da Concorrência de escala internacional, a OCDE, em colaboração com a ICN, propôs uma série de medidas que podem ser utilizadas para tornar possível a cooperação internacional em matéria de concorrência, destacando-se a necessidade de integrar essas práticas nas políticas nacionais de concorrência como forma de proporcionar uma verdadeira proteção contra condutas abusivas, reduzir despesas com investigações e economizar tempo nos procedimentos (OECD; ICN, 2021).

4 O DMA se refere a tais plataformas como “gatekeepers”, verdadeiras portas de entrada para uma série de produtos e serviços por elas fornecidos e que se amparam, sobretudo, na utilização do fornecimento dos dados pessoais dos usuários para ampliar a qualidade e a quantidade de novas ferramentas fornecidas ao consumo (EUROPEAN UNION, 2022).



Contudo, urge destacar que a integração no âmbito da concorrência carrega em sua natureza dificuldades de ordem essencial no que tange à tradicional Teoria do Estado, considerando-se que a aplicação, por um Estado, de suas próprias leis sobre condutas que são conduzidas em seu território corresponde a uma demonstração de soberania, da qual poucas nações se inclinam a renunciar, ainda que parcialmente (CEDANO, 2018).

Nesse contexto, a tentativa de aplicação, por uma jurisdição, de suas próprias leis em outro Estado, submetido a outro regime jurídico, pode ser compreendido como uma violação à soberania, criando-se tensões mesmo entre parceiros comerciais (WAISBERG, 2019).

Outra dificuldade para o desenvolvimento de um Direito da Concorrência de escala internacional corresponde ao fato de que o poder para aplicar regras de modo extraterritorial é detido por uma quantidade reduzida de Estados, os quais possuem expressiva participação econômica, suficiente para fazer com que multinacionais obedeçam a suas políticas antitruste, mesmo diante de condutas aceitas por outra jurisdição (WAISBERG, 2019).

Face a essas questões, o argumento da impossibilidade, ou impraticabilidade, do Direito da Concorrência internacional é frequentemente utilizado para recusar a adoção de estratégias já existentes de cooperação internacional em matéria de concorrência, visando, sobretudo, à proteção da soberania nacional (CARVALHO; SILVEIRA, 2013). Entretanto, ainda que as dificuldades sejam várias, é possível afirmar que, em uma economia mundial progressivamente mais internacionalizada, as vantagens da aplicação de medidas antitruste que não se limitam a um território são demasiadamente fortes para serem ignoradas.

Em pesquisa realizada com um conjunto de autoridades nacionais para a concorrência, a OCDE e a ICN puderam apontar que, na compreensão dessas agências, os benefícios do desenvolvimento e da execução de medidas de cooperação em matéria de concorrência ultrapassam, consideravelmente, as dificuldades e os danos. Para além dessas constatações, as autoridades demonstraram que a cooperação a nível internacional, ainda que persistam as críticas, já é uma realidade que cresce impulsionada pela integração da economia internacional (OECD; ICN, 2021).

No que se refere às vantagens dessas estratégias de cooperação internacional, primeiramente é destacado que, trabalhando conjuntamente, as autoridades nacionais da concorrência podem realizar trocas relativas a boas práticas, teorias, opiniões e procedimentos fundamentais para harmonizar o Direito da Concorrência e, paralelamente, ajudar as autoridades ainda pouco desenvolvidas e aperfeiçoar suas práticas, não importando se diante de condutas de efeitos internacionais ou somente nacionais. Trata-se, assim, de uma maneira de aproximar os Estados, criando um ambiente de transparência, confiança e colaboração (OECD; ICN, 2021).

Tais trocas podem ainda ser sinônimo de economia de tempo e de recursos materiais e humanos diante de casos nocivos à concorrência nos mercados. Para compreender de que modo ocorre tal economia, cabe lembrar que as grandes empresas multinacionais têm, hoje, suas operações espalhadas em vários países, de modo que se um ato anticoncorrencial ligado à produção de seus bens ou serviços é conduzido em um Estado, seus efeitos poderão ser repercutidos no mercado consumidor de outra nação (CARVALHO; SILVEIRA, 2013).

Compreendido o modo de execução das atividades econômicas das grandes multinacionais, a cooperação internacional entre as autoridades antitruste para trocar informações sobre operações

de concentração, compartilhar detalhes sobre investigações e discutir as melhores soluções e sanções é reconhecida pelas agências como uma necessidade para evitar gastos de tempo e recursos dispensáveis e, ao mesmo tempo, para reduzir a insegurança jurídica das atividades econômicas, de modo que as multinacionais não serão mais submetidas a regras e políticas de concorrência inteiramente divergentes e contrastantes entre si (OECD; ICN, 2021).

Como já indicado, as estratégias de cooperação em matéria antitruste são numerosas e já operantes, carecendo apenas de maior vontade política dos Estados de as aplicarem em suas jurisdições (CEDANO, 2018). Dentre essas medidas, pode-se mencionar as mais utilizadas pelos governos ou, especificamente, pelas autoridades de concorrência: a cooperação informal, acordos bilaterais, *memorandums*, capítulos sobre concorrência em acordos de livre-comércio e, finalmente, acordos regionais em matéria de concorrência.

A cooperação informal é aquela que não possui qualquer forma de instrumento formal que a regule, como um acordo, *memorandum*, lei ou regulação. Por essa exata razão, é a mais utilizada para promover a colaboração entre as autoridades antitruste. Assim, ela se faz presente por meio de ligações telefônicas ou correspondência por e-mails, meios utilizados para a troca de informações que não são confidenciais (OECD; ICN, 2021).

Outra estratégia comumente utilizada é o estabelecimento de memorandos entre os Estados, no objetivo de encorajar a cooperação entre as autoridades face a condutas potencialmente nocivas à concorrência e as quais possuem efeitos de escala internacional. Assim, os MOUs são sustentados juridicamente em um documento escrito e assinado pelos parceiros. Todavia, apesar da maior formalidade, tais instrumentos não são vinculantes, recaindo à discricionariedade dos Estados de realmente dar-lhes efetividade (OECD; ICN, 2021).

Os acordos bilaterais em matéria de concorrência, por outro lado, são tidos como meios potenciais à promoção da colaboração entre países no que concerne à condução de investigações de condutas anticoncorrenciais, à troca de informações, ainda que confidenciais, e à discussão de sanções e remédios a serem aplicados. Como nos MOUs, os acordos não são vinculantes, contudo os benefícios de sua adoção se encontram no detalhamento e na transparência de medidas e estratégias que podem ser utilizadas pelos Estados no objetivo de, conjuntamente, reprimir atos nocivos à concorrência internacional (CEDANO, 2018).

Dentre as vantagens que apresentam, os acordos bilaterais, por outro lado, são limitados à cooperação entre, somente, dois Estados, o que pode revelar-se insuficiente face a operações conduzidas por empresas capazes de produzir efeitos em um número expressivo de economias nacionais. Como consequência, os acordos regionais em matéria de cooperação em concorrência são considerados como estando no mais alto nível de integração no âmbito do Direito Antitruste, representados, especialmente, pela *European Competition Network* (ECN), a qual possui seu comando centralizado na Comissão Europeia, mas operando com a contribuição de todas as autoridades nacionais de concorrência dos países membros da União Europeia (OECD; ICN, 2021).

Consideradas todas as formas de cooperação em concorrência acima descritas, já existentes no presente, ainda que em níveis iniciais de desenvolvimento em certos países, urge compreender de que modo tal cooperação se revela necessária face às especificidades do mercado digital, o qual aparenta não possuir fronteiras ou limites, sendo representado por grandes multinacionais que dominam o setor e ameaçam a entrada de novos concorrentes.



3. A SINGULARIDADE DO MERCADO DIGITAL E A DEMANDA POR UMA RESPOSTA REGULATÓRIA ESPECÍFICA

O desenvolvimento de novas tecnologias permitiu a transformação no modo com que os seres humanos se comunicam, estudam, adquirem renda, gastam e investem, dentre outras inovações que reinventaram o estilo de vida dos usuários da “internet das coisas”, a qual pode ser definida como o conjunto de produtos, serviços e bens virtuais que se encontram no mercado e podem estar interconectados (MONTEIRO, 2017).

Para além dessas transformações, o mercado digital demandou das autoridades, paralelamente, uma atenção regulatória diferenciada, para que interesses já antigos, como a garantia da concorrência, a proteção da privacidade e dos direitos dos consumidores, permaneçam garantidos.

Por outro lado, frequentemente as empresas que comandam o mercado digital são de escala internacional, incluindo em suas operações econômicas distintas jurisdições, de modo que os efeitos de suas condutas reverberam globalmente, produzindo resultados que demandam diferentes respostas, revelando-se um desafio mantê-las harmonizadas.

Considerando-se, portanto, essa realidade, entende-se que, para permitir a proteção à concorrência, sobretudo no aspecto do controle das condutas no mercado digital, a regulação e a fiscalização limitadamente nacionais do antitruste não são suficientes, sendo imprescindível uma cooperação no âmbito internacional, entre as autoridades da concorrência e os governos nacionais, para que sejam atingidos os objetivos do Direito da Concorrência nos mercados digitais, isto é, a eficiência econômica aliada ao máximo e bem-estar ao consumidor (FRAZÃO, 2017).

Para melhor demonstrar a necessidade de uma ação transnacional em defesa da concorrência face aos desafios impostos pelo mercado digital, deve-se, primeiramente, identificar quais características tornam tal mercado único diante dos demais mercados não digitais pertencentes à chamada “velha economia” (MONTEIRO, 2017).

3.1. O mercado digital é verdadeiramente "único"? As características das *big techs* como fator de especificação da economia digital

Ainda que se possa observar na literatura uma leitura ampliada daquilo que se define como “mercado digital”, por atenção metodológica, impende realizar-se uma delimitação dos agentes atuantes em tal setor da economia para que seja possível proceder com a análise pretendida neste estudo.

Ao utilizarmos a expressão “mercado digital” referimo-nos, sobretudo, aos setores nos quais atuam as grandes plataformas - ou *gatekeepers*, como indicado no DMA europeu - que operam *online* se amparando em uma série de características que, reunidas, tornam-nas únicas na economia, fazendo surgir, de tal maneira, desafios específicos e inéditos às autoridades reguladoras.

Incluem-se nessas características a multilateralidade, os efeitos de rede, o amparo no *big data*, o alto nível de inovação e pesquisa, a economia de escala e escopo e o inegável domínio no mercado, o qual se caracteriza pela concentração em grandes empresas - as *big techs* - multinacionais. Cada uma dessas características representa um desafio à análise antitruste e à proteção e defesa da concorrência, razão pela qual as descrevemos.

Consiste a “multilateralidade” na presença, em uma mesma plataforma, de dois grupos de “usuários”: de um lado, temos os usuários que se utilizam dos serviços ofertados pelas plataformas de modo “gratuito”, isto é, sem que precisem dispor de qualquer quantia financeira para ter acesso às redes sociais e aplicativos, mas fornecendo seus dados pessoais para que consigam aderir à plataforma. Do outro lado, contudo, temos aqueles que financiam diretamente a plataforma ao pagar certa quantia para, naquele espaço, anunciar seus próprios produtos e serviços, a partir dos perfis de consumidores gerados pelos usuários que, gratuitamente, cederam seus dados à plataforma (BUNDESKARTELLAMT; AUTORITÈ DE LA CONCURRENCE, 2016).

Cita-se como exemplo ilustrativo da multilateralidade a rede social Facebook, pertencente ao grupo de mesmo nome, na qual usuários podem se cadastrar gratuitamente na plataforma, podendo utilizar-se de seus serviços - jogos, eventos, *chats* de conversa - enquanto que anunciantes pagam para exibir seus produtos no mesmo espaço.

Note-se, contudo, que o lado “gratuito” da plataforma é construído a partir de uma leitura superficial daquilo que se considera “valor”. Conforme destacado pelo Fórum Econômico Mundial, dados pessoais, na medida e velocidade com que podem ser coletados, armazenados, processados e atualizados, representam hoje um importante ativo na economia mundial, permitindo a criação de novas oportunidades de investimento para empresas e governos (WEF, 2011).

Por essa exata razão, pode-se afirmar que a aparente “gratuidade” de um dos lados das plataformas digitais esconde a fundamental geração de valor a partir da variedade e quantidade de dados fornecidos pelos usuários como condição para que a eles seja permitida a adesão aos serviços e produtos oferecidos pelas plataformas.

A partir desse entendimento, pode-se compreender a segunda característica que se destaca acerca das plataformas digitais: o amparo no uso de *big data*.

Consiste o termo “*big data*”, assim como os vários outros utilizados para se referir ao mercado digital⁵, em objeto de difícil conceituação, dada sua abstratividade e impossível tangibilidade. Entretanto, pode-se apontar uma definição que apresenta maior pacificação na literatura, a qual compreende *big data* não apenas como um elevado volume de dados reunidos, mas como insumo construído a partir da coleta, armazenamento, processamento e atualização de dados caracterizados pela variabilidade, volume e velocidade e que, uma vez reunidos e detidos, permitem a tomada de decisão informada (MONTEIRO, 2017).

Caracterizam-se, portanto, as *big techs*, por modelos de negócios pautados na construção de perfis cada vez mais específicos de seus usuários a partir da utilização dos dados fornecidos e adquiridos, de modo que possam oferecer ao lado que “paga” pelo uso de suas plataformas potenciais alvos de publicidade, que tenderão a ser atraídos com mais certeza aos anunciantes (BAGNOLI, 2021).

O acesso, de tal modo, a elevada quantidade e variedade de dados pessoais fez surgir - ou intensificar - preocupações sobre a legitimidade com que as plataformas digitais se utilizam de tais insumos para conduzir seus negócios, implicando maior atenção voltada não apenas para potenciais

5 “Although Articles 101 and 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) apply to the conduct of gatekeepers, the scope of those provisions is limited to certain instances of market power, for example dominance on specific markets and of anti-competitive behaviour, and enforcement occurs ex post [...]. Moreover, existing Union law does not address, or does not address effectively, the challenges to the effective functioning of the internal market posed by the conduct of gatekeepers that are not necessarily dominant in competition-law terms”.

práticas anticoncorrenciais, mas ainda no que tange à liberdade do consumidor e à proteção da privacidade. Tais preocupações, contudo, serão posteriormente analisadas.

Finalmente, cabe destacar ainda os efeitos de rede que atuam nas plataformas digitais, consistindo no ganho de valor que elas representam para seus usuários, na medida em que cresce, igualmente, o número destes usuários (EUROPEAN UNION, 2022, p. 1)⁶. Para melhor ilustrar: na medida que mais pessoas entram em uma rede social, mais interessante essa rede social se revelará para cada pessoa, pois lá poderá encontrar mais amigos, realizar mais negócios e anunciar mais produtos baseados em perfis cada vez mais precisos dos usuários (CREMONESE; PEREIRA, 2020).

Para intensificar tais efeitos, utilizam-se as plataformas, mais uma vez, da grande quantidade e variedade de dados que possuem para prestar serviços cada vez mais direcionados aos interesses dos usuários e às tendências de consumo, razão pela qual é possível destacar mais uma característica das plataformas digitais, isto é, o elevado investimento em pesquisa e inovação (BAKER, 2007), resultando em um acelerado processo de atualização que lhes permite classificar como economias de escala e escopo.

A quantidade elevada de investimentos em tecnologia, por parte das *big techs*, permite a redução de custos que outrora poderiam demonstrar-se impossíveis de suportar. Chega-se a tal resultado diante da utilização massificada - o que as caracteriza como economias de escala e escopo - dos dados fornecidos pelos milhões de usuários, que, colocados ao lado dos investimentos realizados, fazem com que esses revelem-se ínfimos diante dos resultados obtidos. O custo marginal, portanto, para atender a um usuário aproxima-se de zero, enquanto a plataforma ganha em cima deste mesmo usuário, maiores possibilidades de novos investimentos e negócios a partir da utilização de seus dados (CARUGATI, 2020).

Entretanto, para que todas as características supramencionadas se coloquem em favor do desenvolvimento das plataformas digitais, do outro lado, surge considerável receio de que novos concorrentes que desejem aderir no mercado, sequer consigam nele entrar ou permanecer por muito tempo, dada as vantagens comparativas das quais gozam as *big techs* firmemente estabelecidas no mercado.

A partir disso, questiona-se: de que modo o modelo de negócios atual das *big techs* representa ou pode representar uma ameaça à livre e ampla concorrência no mercado digital? Seria esse modelo nocivo à concorrência, à inovação e aos direitos dos consumidores? É o que se passa a analisar.

3.2. Representam as *big techs* um risco à concorrência no mercado digital?

Como anteriormente destacado, o termo “mercado digital”, ainda que utilizado de maneira a simplificar e resumir as atividades dos agentes que atuam nesse setor, é marcado, verdadeiramente, pela multiplicidade de serviços e produtos ofertados (AKMAN, 2022). Em razão disso, apresenta-se às autoridades de defesa da concorrência a grande dificuldade de analisar as condutas e operações

⁶ “At the same time, among those digital services, core platform services feature a number of characteristics that can be exploited by the undertakings providing them. [...] Other such characteristics of core platform services are very strong network effects, an ability to connect many business users with many end users through the multisidedness of these services, a significant degree of dependence of both business users and end users, lock-in effects, a lack of multi-homing for the same purpose by end users, vertical integration, and data driven-advantages” (grifo nosso).

das grandes plataformas em tais mercados e os riscos que podem apresentar à livre concorrência.

Nota-se que se adotada uma visão estática de concorrência, pode-se perder a visão da maneira como as plataformas digitais exercem seu domínio no mercado, agindo de múltiplos modos para inovar seus produtos e ganhar competitividade, pois não há, em tal mercado, uma definição estanque de “mercado relevante”, mas dinâmica, que se renova na medida com que os atores oferecem novas possibilidades aos usuários, utilizando-se de uma variedade de produtos que podem, inclusive, concentrar-se na mesma plataforma (ROCHA; FARIA, 2020).

Para melhor compreender como tal fenômeno ocorre, recorre-se ao exemplo do Instagram, rede social pertencente ao grupo Facebook.

Embora o Instagram tenha sido originalmente desenhado para servir como plataforma onde os usuários disponibilizariam, para seus amigos, fotos do cotidiano, aos poucos a rede social se transformou em espaço para geração de múltiplas outras oportunidades: veículos de comunicação postam notícias, lojas se desenvolvem e podem vender seus produtos, Organizações Não Governamentais (ONGs) buscam apoiadores e se utilizam do espaço *online* para divulgar suas ações e os usuários podem se comunicar entre si como em um aplicativo de mensagens.

De tal maneira, caso adotada uma interpretação estática de mercado relevante pela autoridade de defesa da concorrência, a análise poderia ver-se impossibilitada diante dos múltiplos questionamentos e dúvidas: seria o mercado relevante o de aplicativos de mensagens? Ou seria o de vendas *online*? Sucedendo-se cada questionamento na medida com que a plataforma oferecesse novas possibilidades ou os usuários, utilizando-se das funcionalidades já existentes, criassem novas modalidades de interação dentro das plataformas (ROCHA; FARIA, 2020).

Apesar, contudo, de tais dificuldades, as autoridades antitruste de diversas jurisdições já puderam apontar certos aspectos das plataformas digitais que se apresentam como riscos à concorrência, a partir das barreiras que podem produzir para a entrada de novos concorrentes, ou sua permanência no mercado digital.

Sob um primeiro aspecto, rememoremos o amparo no *big data* pelas plataformas como Google, Facebook, Twitter ou Amazon, os quais possuem milhões de usuários que diariamente aderem aos seus serviços oferecendo, em troca, dados pessoais, seja no momento da adesão, seja ao percorrer caminhos enquanto se utilizam dos serviços, deixando rastros de preferências.

Utilizando-se dessa grande variedade e volume de dados, que são atualizados constantemente, as plataformas, que já contam com uma grande infraestrutura que permite o processamento, filtragem e análise dessas informações, conseguem construir modelos mais acurados e específicos de seus usuários e, uma vez os detendo, podem “vendê-los” para o lado que paga pela utilização das plataformas, isto é, anunciantes e vendedores (AKMAN, 2022).

Ora, como destacado, a utilização de uma infraestrutura que permita coletar, processar, analisar e filtrar tais dados, permitindo a construção de perfis precisos de consumidores, impõe quantidade elevada de custos que, embora não representem grandes impasses para economias de escala e escopo, para novos entrantes no mercado digital a coleta de quantidade e variedade de dado pode revelar-se quase impossível (MONTEIRO, 2017).



4. O DIGITAL MARKETS ACT EUROPEU COMO REGULAÇÃO PARADIGMA PARA UMA ANÁLISE ANTITRUSTE COOPERATIVA

Ao investigar-se os estudos voltados à concorrência nos mercados digitais, é perceptível que a preocupação não se limita à União Europeia, espalhando-se por outras jurisdições e autoridades do antitruste, as quais se questionam se os atuais padrões regulatórios são suficientes para lidar com a concentração de domínio no mercado digital (EUROPEAN UNION, 2022, p. 2).

Todavia, ainda que essa discussão seja generalizada - resultado natural da ampla difusão da presença das *big techs* - foi na União Europeia onde se chegou à mais elaborada e específica regulação voltada à promoção da ampla concorrência econômica no setor, a partir da aprovação do DMA, assinado em 14 de setembro de 2022 e esperado para produzir efeitos a partir de maio de 2023.

No desenvolvimento daquilo que viria a ser o DMA, os legisladores europeus reconheceram que os instrumentos jurídicos existentes, destinados a regular a concorrência no mercado único europeu em geral, mostrava-se insuficiente e inoperante face às características específicas e inerentes ao mercado digital, razão pela qual a elaboração de um novo regime regulatório, focalizado na regulação *ex ante* das companhias, fez-se necessário.

Assim, o DMA surge direcionando a atenção da Comissão Europeia para a atuação das “*gatekeepers*” no mercado digital, isto é, companhias que fornecem serviços fundamentais em plataformas digitais, necessários à execução das atividades econômicas de outras empresas. Tais serviços, conforme o próprio Regulamento exemplifica, podem ser identificados como serviços de intermediação entre empresas e clientes, serviços de busca *online*, redes sociais, plataformas de compartilhamento de vídeos, sistemas operacionais, assistentes virtuais, serviços de computação em nuvem e de propaganda, dentre outros.⁷

Contudo, não se trata da regulação de qualquer companhia que forneça tais serviços, mas tão somente daquelas que ocupam considerável espaço de influência e controle no mercado digital e que, por tal posição de dominância, podem impactar no nível de concorrência no setor.

Para indicar, portanto, aqueles que se enquadram na definição de *gatekeeper*, o DMA aponta critérios qualitativos e quantitativos que, se atingidos, indicarão que a companhia em discussão se submete às regras contidas no Regulamento.

Será, dessa forma, considerada um *gatekeeper* a companhia que: (a) possui um significativo impacto no mercado interno europeu; (b) provê um serviço de plataforma digital essencial, ou atua como uma importante entrada para outras empresas alcançarem clientes (os *end users*); e ocupa uma posição durável e cristalizada no seu setor de atuação, ou é vista como potencial beneficiária dessa posição no futuro próximo⁸ (EUROPEAN UNION, 2022, p. 30)

Além disso, o DMA também cria situações de presunção, em que a companhia será considerada como *gatekeeper* a partir de sua força econômica no mercado interno europeu ou na sua capacidade de alcançar elevada quantidade de usuários⁹ (EUROPEAN UNION, 2022, p. 30).

7 Este rol pode ser encontrado no parágrafo 2º do artigo 2º do *Digital Market Act*.

8 “1. An undertaking shall be designated as a gatekeeper if: (a) it has a significant impact on the internal market; (b) it provides a core platform service which is an important gateway for business users to reach end users; and (c) it enjoys an entrenched and durable position, in its operations, or it is foreseeable that it will enjoy such a position in the near future”.

9 “2. An undertaking shall be presumed to satisfy the respective requirements in paragraph 1: (a) as regards paragraph

Como se observa, na realidade prática, tendo-se em consideração as condições criadas pelo DMA para que uma companhia seja regulada pelas regras contidas no Regulamento, observa-se que a União Europeia mirou sua atividade de controle da concorrência para as plataformas que já alcançam especial domínio no mercado digital, sendo as mesmas as que já eram acompanhadas de perto pela autoridade europeia da concorrência, como Google, Amazon e Facebook (DIJAKIEWICZ; CRITCHLEY, 2022).

Uma vez identificada a companhia como *gatekeeper*, a mesma deverá ser submetida às obrigações que se encontram dispostas do artigo 5º ao artigo 8º do DMA. Todas essas medidas visam evitar que as grandes plataformas digitais se utilizem das vantagens obtidas com a alta especificidade dos perfis que conseguem construir com os dados disponibilizados (ou não) pelos seus usuários.

Nesse cenário, apresenta-se, de um lado, uma situação de assimetria informacional, uma vez que os usuários não possuem total conhecimento e controle sobre como seus dados são processados e para que fins (CARUGATI, 2020). Por outro lado, eleva-se a dificuldade de surgimento e estabilização no mercado de novas plataformas concorrentes, considerando os altos custos necessários para construir uma base de dados tão ampla quanto a já detida pelos *gatekeepers* e a qual é capaz de proporcionar intensos efeitos de rede, atraindo mais usuários e provendo serviços cada vez mais personalizados (MONTEIRO, 2017).

Dessa forma, conforme descreve o parágrafo 1º do artigo 8º do DMA, será obrigação dos *gatekeepers* demonstrar que se adequaram aos níveis máximos de *compliance* com as obrigações dispostas no Regulamento, sem desconsiderar as demais obrigações normatizadas no que tange à concorrência no mercado europeu, à proteção dos consumidores e à proteção dos dados pessoais (WALREE; WOLTERS, 2020).

Uma vez observado que a companhia não cumpriu com os deveres e obrigações contidos no Regulamento e determinados pela Comissão Europeia após detalhada investigação¹⁰ (EUROPEAN UNION, 2022, p. 46) penalidades poderão ser aplicadas, indo desde a proibição para a realização de atos de concentração, o pagamento de multa correspondente a até 10% do faturamento anual global, ou até 20% desse montante, no caso de a prática do ato contrário ao DMA for reiterada¹¹ (REVENUE..., 2023).

Para além da previsão de sanções severas, o Regulamento possui como principal característica, como indicado, atuar como regulação *ex ante*, ou seja, visando produzir efeitos antes mesmo de a companhia a ela submetida proceder com a prática anticoncorrencial.

1, point (a), where it achieves an annual Union turnover equal to or above EUR 7,5 billion in each of the last three financial years, or where its average market capitalisation or its equivalent fair market value amounted to at least EUR 75 billion in the last financial year, and it provides the same core platform service in at least three Member States; (b) as regards paragraph 1, point (b), where it provides a core platform service that in the last financial year has at least 45 million monthly active end users established or located in the Union and at least 10.000 yearly active business users established in the Union, identified and calculated in accordance with the methodology and indicators set out in the Annex; (c) as regards paragraph 1, point (c), where the thresholds in point (b) of this paragraph were met in each of the last three financial years”.

10 “Article 20. Opening of proceedings 1. Where the Commission intends to open proceedings with a view to the possible adoption of decisions pursuant to Articles 8, 29 and 30, it shall adopt a decision opening a proceeding. 2. Notwithstanding paragraph 1, the Commission may exercise its investigative powers under this Regulation before opening proceedings pursuant to that paragraph”.

11 Dado que o DMA se aplica às companhias que já apresentam considerável concentração no mercado digital e, consequentemente, possuindo expressivo faturamento anual, o valor da multa aplicada, no caso da Amazon, por exemplo, poderia chegar a até 46 bilhões de dólares, considerando a receita total da empresa em 2021.



Ainda que tal forma de regular a concorrência se apresente como benéfica ao possibilitar a redução de gastos financeiros e de tempo com futuras investigações e aplicação de sanções, bem como maior nível de segurança jurídica às companhias (AKMAN, 2022), não é possível afirmar que encontra aprovação na totalidade da doutrina ou mesmo entre reguladores, devendo ser destacadas as visões que se mostram contrária à regulação *ex ante*.

Como aponta Carugati (2020), a regulação *ex ante*, por operar antes mesmo da prática de qualquer ato anticoncorrencial, termina por impor a assunção de gastos elevados com *compliance* às exigências realizadas pelo DMA. Cria-se, assim, uma espécie de “sanção” prévia sobre as companhias que não podem, de início, ser formalmente acusadas de estarem se utilizando de estratégias contrárias à concorrência no mercado europeu.

Por outro lado, a regulação *ex ante* ainda reduz a flexibilidade dos instrumentos de aplicação do direito concorrencial caso-a-caso, já operando de forma previamente determinada sobre situações descritas no Regulamento tão somente com base em aspectos objetivos (AKMAN, 2022).

Compreendidos os principais aspectos relativos à imposição de obrigações e deveres pelo DMA às *big techs*, direciona-se o foco da pesquisa à atenção dada pelo Regulamento à necessidade de uma cooperação internacional em matéria antitruste no que tange à regulação da concorrência nos mercados digitais.

Adicione-se ao caráter inovador do DMA a ênfase conferida à necessidade de uma abordagem cooperativa e transnacional na repressão de condutas contrárias à livre concorrência no mercado digital¹², que é caracterizado pelo controle por multinacionais cujos usuários - seus consumidores - se espalham por diversas jurisdições (BAGNOLI, 2021).

Exemplo evidente de como foi dada considerável atenção à cooperação entre as jurisdições que estão inseridas no mercado único europeu se encontra nas previsões contidas entre os artigos 37 e 41 do DMA, os quais tratam, respectivamente, da cooperação da Comissão Europeia com as Autoridades Nacionais, da cooperação e coordenação com as Autoridades Nacionais para a aplicação das regras de concorrência, da cooperação com cortes nacionais, do “*high-level group*”, composto por uma série de órgãos e redes europeus e, finalmente, do pedido por investigação de mercado.

Nesta série de previsões, o Regulamento destina especial cuidado em garantir que as autoridades nacionais, bem como as regras nacionais relativas ao controle do antitruste, serão aplicadas em conformidade com a atuação da Comissão Europeia e da Rede Europeia de Concorrência (ECN), com vista a garantir uma efetiva coesão no controle das condutas nocivas à livre concorrência no mercado digital, que se revela único na União Europeia, dado o elevado nível de integração econômica entre os Estados Membros.

Assim, diante da aplicação de medidas de controle do antitruste, ou face ao início de investigações baseadas em leis nacionais, deverão as Autoridades dos Estados Membros informar à Comissão Europeia do teor de suas atividades, na intenção de promover maior integração entre as políticas nacionais de antitruste e maior segurança jurídica às companhias que atuam no mercado único europeu (BAGNOLI, 2021).

12 Revela-se notável o cuidado, na elaboração do DMA, em estabelecer uma aplicação coerente e que privilegie a segurança jurídica quando o Regulamento dispõe, em seu artigo 41: “1. *The Commission and Member States shall work in close co-operation and coordinate their enforcement actions to ensure coherent effective and complementary enforcement of available legal instruments applied to gatekeepers within the meaning of this Regulation*” (EUROPEAN UNION, 2022, p. 58).

Tal controle, de âmbito supranacional, revela-se viável diante da estruturação da ECN, rede que integra as autoridades de controle de concorrência de Estados Membros e a qual já possui uma estrutura desenhada de forma a viabilizar a coordenação das atividades de controle, investigação, aplicação de sanção e troca de informações. O questionamento surge quando se discute a viabilidade de expandir o modelo de cooperação internacional contida no DMA para outras jurisdições, menos integradas entre si, mas que sofrem os efeitos da transnacionalidade das operações dos mercados digitais.

Portanto, ainda que se entenda ser relevante o *soft power* exercido pela União Europeia na internacionalização de *standards* mínimos de regulação, fenômeno que não se limita ao controle da concorrência nos mercados digitais, passando pela regulação da transição energética e pela proteção aos dados pessoais (WRIGHT, 2011; ALMEIDA; PORTO; NETTO F. A., 2020), não se pode deixar de destacar que resulta essa coordenação de anos de integração política e econômica, até atingir modelos regulatórios padronizados que tentam, progressivamente, elevar o nível de aproximação entre as jurisdições nacionais (NIVET, 2015).

Assim, embora promissora a busca europeia pela regulação unificada e especialmente direcionada à garantia da concorrência nos mercados digitais, não se pode ignorar que a expansão de semelhante modelo para outras jurisdições - ou mesmo união de países - passa por certos obstáculos, como o nível de concorrência identificado em cada economia, ou mesmo de estruturação das autoridades do antitruste (BAGNOLI, 2021).

De tal modo, atua o DMA como regulação paradigma, ao direcionar os esforços das políticas pró-concorrência ao setor específico dos mercados digitais. Contudo, sua exportação a outras jurisdições deve, primeiramente, passar pela análise, realizada pelos Governos nacionais e autoridades antitruste, da atuação das *big techs* em suas respectivas economias, sempre considerando o impacto que apresentam sobre o bem-estar do consumidor, bem como o nível de estruturação do próprio sistema antitruste nacional, o qual deve se encontrar devidamente capacitado para lidar com as especificidades do setor digital.

CONCLUSÕES

Em um mundo no qual as economias nacionais se entrelaçam, a partir da globalização dos sistemas financeiros e da atuação multinacional de empresas, o controle da concorrência não pode se limitar, meramente, à proteção dos mercados domésticos, uma vez que efeitos da concentração de um mercado em uma economia nacional podem ser facilmente exportados para outras a partir da velocidade das trocas comerciais.

Nos mercados digitais, como observado, em razão da concentração das atividades com poucas companhias de atuação internacional, as preocupações antitruste estendem-se, da mesma forma, para além das fronteiras nacionais. Por outro lado, as respostas a essas preocupações encontram empecilhos para se fazerem efetivas, garantindo a concorrência, diante da estruturação dos sistemas antitruste baseada na soberania dos Estados - isto é, com efeitos limitados às fronteiras nacionais.

Perante esse cenário, a União Europeia, demonstrando atenção aos níveis de concentração identificados no mercado digital no âmbito do mercado único europeu, caracterizado pelo controle de multinacionais as quais se utilizam de específicas estratégias de atuação para manter seu controle,



desenvolveu o DMA, especificamente desenhado para lidar com a concorrência no setor, prevenindo situações de concentração e de abuso de poder econômico a partir da adoção de uma regulação *ex ante* e cooperativa em perspectiva transnacional.

A presente pesquisa, a partir do estudo detalhado das disposições contidas no DMA europeu, buscou demonstrar a possibilidade de o modelo de cooperação internacional contido no Regulamento ser estendido para demais jurisdições, a partir da descrição e explicação de seu modo de regulação, tendo em vista que o fenômeno de concentração no mercado digital não se limita à União Europeia, mas se espalha globalmente, tendo como principais companhias aquelas denominadas *big techs*, como as citadas Google, Facebook e Amazon.

Nessa análise, deve-se considerar que a aplicabilidade contida no DMA deriva, sobremaneira, do já elevado grau de integração entre as autoridades nacionais antitruste dos Estados Membros da União Europeia e a própria Comissão Europeia, responsável por centralizar a aplicação do Regulamento e garantir que suas disposições sejam cumpridas de modo eficaz, tanto pelos Estados quanto pelas companhias que a ele se submeterão.

Assim, antes de se buscar estender semelhante regulação para outras jurisdições ou grupos econômicos, deve-se ter em conta ser fundamental a estruturação articulada e devidamente provida de recursos humanos e materiais de autoridades antitruste, responsáveis por garantir a eficácia da legislação pró-concorrência.

Para além disso, a cooperação entre nações com vistas a garantir a concorrência nos mercados digitais não necessita, precisamente, de uma Regulação aos moldes encontrados no DMA. Enquanto tal nível de integração não puder ser apontado, outras estratégias de cooperação internacional pró-concorrência já se fazem presentes e em aplicação, podendo ser estendida sua adoção para os casos específicos de garantia da concorrência no espaço digital, tal como os citados MOUs e a adoção de artigos específicos sobre cooperação em matéria de concorrência em acordos de livre-comércio.

Vislumbra-se, face ao exposto, um futuro em que a integração internacional em matéria de antitruste é mais propícia e desejada, sobretudo ao se considerar a discussão em torno dos mercados digitais. Nesse cenário, o DMA já atua como inspiração para outras regulações em discussão, como o *Open App Markets Act*, o *American Innovation and Choice Online Act* e o *Digital Advertising Act*.

O DMA, portanto, apresenta-se como regulação paradigma, na medida em que estabelece um padrão regulatório de *prevenção* à adoção de condutas nocivas à concorrência pelas companhias que já dominam elevada parcela do mercado digital, e no modo como prevê e estimula a cooperação entre os Estados como forma de permitir a harmonização das respostas dadas a essas situações.

Contudo, ainda que a União Europeia apresente a tendência de influenciar a adoção *standards* regulatórios mínimos em escala global, ao buscar se inspirarem nas previsões contidas no DMA, reguladores nacionais - ou em sede de cooperação internacional - sempre deverão considerar as especificidades de cada economia e jurisdição, no objetivo de atingir o maior grau de eficácia nas regulações desenvolvidas e adotadas.

REFERÊNCIAS

- AKMAN, Pinar. Regulating competition in digital platform markets: a critical assessment of the framework and approach of the EU Digital Markets Act. **European Law Review**, Leeds, 2022. Disponível em: <https://bit.ly/4930ld3>. Acesso em: 05 nov. 2022.
- ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz; PORTO, Gabriela Hühne; NETTO F. A., Juliana Maia. International regulation and global governance: the EU influential method in times of normativity change. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 17, n. 11, p. 372-389, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/45CDGRS>. Acesso em: 10 nov. 2022.
- BAGNOLI, Vicente. Designing competition policy in digital markets for developing economies: how the EU can contribute with the Digital Markets Act and Digital Services Act. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 9, n. 2, p. 133-158, dez. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3s2veO8>. Acesso em: 12 out. 2022.
- BAKER, Johnatan B. Beyond Schumpeter vs. Arrow: how antitrust fosters innovation. **Antitrust Law Journal**, Washington, v. 74, p. 575-602, 2007. Disponível em: <https://bit.ly/3Mdlyr4>. Acesso em: 15 jan. 2023.
- BUNDESKARTELLAMT; AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. **Competition Law and Data**, [S. l.; s. n.], 2016. Disponível em: <https://bit.ly/406tH6i>. Acesso em: 16 nov. 2022.
- CARVALHO, Vinicius; SILVEIRA, Paulo Burnier da. A Cooperação internacional na defesa da concorrência. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 97-104, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3SbQPyq>. Acesso em: 12 maio 2022.
- CARUGATI, Christophe. Regulation in the digital economy. Is ex-ante regulation of “gatekeepers” an efficient and fair solution? **SSRN**, [S. l.], 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3rTmAS8>. Acesso em: 12 out. 2022.
- CEDANO, Bruno Menoncello. Políticas de defesa da concorrência no âmbito internacional: entre a cooperação e a soberania. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, São Paulo**, v. 113, p. 471-488, jan./dez. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3QbPu7M>. Acesso em: 12 out. 2022.
- CREMONESE, Bruno Salgado; PEREIRA, Felipe Cardoso. Digital markets and relevant market definition: challenges brought up in CADE’s recent decisions. In: GONÇALVES, Priscila Brolio (org.). **The Future of Antitrust**. São Paulo: IBRAC, 2020. p. 121-128. Disponível em: <https://bit.ly/46I4Ec3>. Acesso em: 10 out. 2022.
- DIJAKIEWICZ, Alicja; CRITCHLEY, Stephen. Antitrust in the Digital Economy: A Dive Into EU and UK Cases Alleging Self-Preferencing and Data Monopolisation. **Lexology**, Londres, 7 July 2022. Disponível em: <https://bit.ly/45KPkKD>. Acesso em: 07 nov. 2022.
- EUROPEAN UNION. **Regulation (EU) 2022/1925 of the European Parliament and of the Council of 14 September 2022 on contestable and fair markets in the digital sector and amending Directives (EU) 2019/1937 and (EU) 2020/1828 (Digital Markets Act)**. Luxemburg: EUR-Lex, 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/1925>. Acesso em: 12 out. 2022.
- FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2017.



MONTEIRO, Gabriela Reis Paiva. **Big data e concorrência**: uma avaliação dos impactos da exploração de big data para o método antitruste tradicional de análise de concentrações econômicas. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3FuOAYa>. Acesso em: 13 out. 2022.

NIVET, Bastien. Les sanctions internationales de l'Union Européenne: soft power, hard power ou puissance symbolique? **Revue internationale et stratégique**, [S. l.], v. 1, n. 97, p. 129-138, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3FvDo4O>. Acesso em: 03 dez. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD); INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK (ICN). **OECD/ICN report on international co-operation in competition enforcement**. Paris: OECD, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/45MVbim>. Acesso em: 12 nov. 2022.

REVENUE for Amazon. **Companies' Market Cap**, [S. l.], 2023. Disponível em: <https://companiesmarketcap.com/amazon/revenue/>. Acesso em: 10 jan. 2023.

ROCHA, Igor Carvalho; FARIA, Luísa Campos. Competition in digital markets: experiences and perspectives. In: GONÇALVES, Priscila Brolio (org.). **The Future of Antitrust**. São Paulo: IBRAC, 2020. p. 58-70. Disponível em: <https://bit.ly/4614Ec3>. Acesso em: 10 out. 2022.

WAISBERG, Ivo. International Antitrust Approaches and Developing Countries. **SSRN**, [S. l.], 2019. Disponível em: <https://bit.ly/46SNckW>. Acesso em: 20 out. 2022.

WALREE, Tim F.; WOLTERS, Pieter T. J. The right to compensation of a competitor for a violation of the GDPR. **International Data Privacy Law**, [S. l.], v. 10, n. 4, p. 346-355, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/473C7Oa>. Acesso em: 03 nov. 2022.

WORLD ECONOMIC FORUM (WEF). Personal data: the emergence of a new asset class. Geneva: World Economic Forum, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/472J8yl>. Acesso em: 02 dez. 2022.

WRIGHT, Nick. The European Union: what kind of international actor? **Political Perspectives**, Manchester, v. 5, n. 2, p. 8-32, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/3QrgSQM>. Acesso em: 10 nov. 2022.

6

USO DA MARCA COMO PALAVRAS-CHAVE NOS LEILÕES DE FERRAMENTAS DE BUSCA E O DIREITO CONCORRENCIAL¹

Use of the brand as keywords in search engine auctions and Competition Law

Leonor Augusta Giovine Cordovil²

Fundação Getúlio Vargas (FGV/SP) – São Paulo/SP, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: os tribunais brasileiros têm entendido, em uma visão privatista, que usar marcas de outrem como palavras-chaves em leilões de ferramentas de busca configura uma violação ao direito de marca. Ao impedir essa utilização, estão impedindo que o consumidor tenha mais escolhas. Falta aos juízes uma visão concorrencial, de natureza pública, que mostre que, ao conferir ao titular da marca o monopólio do uso da palavra, limita-se demasiadamente a concorrência no mercado de publicidade *online*. O artigo parte da análise das decisões judiciais para provocar essa mudança de visões. Ao final, também enfrenta a possibilidade de a suposta demanda de proteção da marca, perante o Poder Judiciário, poderia ser considerada uma infração concorrencial.

Objetivo: provocar a reflexão sobre a violação ao princípio da livre concorrência.

Método: exploratório, com análise de decisões judiciais.

Conclusões: há uma limitação concorrencial expressiva, que impede escolhas ao consumidor em um mercado que chega a milhões de anúncios por ano. Essa limitação é contrária aos objetivos do princípio da livre concorrência e a sua tentativa poderia ser considerada uma infração concorrencial.

Palavras-chave: leilões *online*; Palavras-chave; marca; jurisprudência, livre-concorrência.

STRUCTURED ABSTRACT

Context: Brazilian courts have understood, under a private point of view, that using other companies' brands as keywords in search engine auctions constitutes a violation of intellectual property rights. By preventing this use, they are preventing consumers from having more choices. The judges lack a

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

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

1 **Recebido em:** 11/10/2023 **Aceito em:** 06/12/2023 **Publicado em:** 21/12/2023

2 Doutora em Direito Internacional Econômico pela Université Paris 1 – Pantheon Sorbonne e em Direito Econômico pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito internacional e em Direito Econômico pela UFMG. Professora dos cursos de Mestrado e Graduação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, em São Paulo. Vice-Chair do Comitê Antitruste da International Bar Association. Fundadora do Women in Antitrust **E-mail:** leonor.cordovil@fgv.br

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8672220850202851> **ORCID:** <https://orcid.org/0009-0003-5999-8901>



competition vision, under public law, that shows that, by giving the trademark holder a monopoly on the use of words, competition in the *online* advertising market is excessively limited. The article starts from the analysis of judicial decisions to tackle this change of views. It also faces whether a request for brand protection, before courts, could be considered as a competition infringement.

Objective: claim a reflection on the violation of the free competition principle by restricting the use of keywords.

Method: Exploratory, with analysis of judicial decisions.

Conclusions: there is a significant competition limitation, which prevents consumer choices in a market that reaches millions of advertisements per year. This limitation collides with the principle of free competition and its attempt could be considered as a competition violation.

Keywords: *online* auctions; keywords; brands; jurisprudence; free competition.

Classificação JEL: K21.

Sumário: 1. Introdução; 2. O dilema dos leilões e a apresentação da discussão; 3. A controvérsia do leilão das marcas no Poder Judiciário brasileiro; 4. O caráter dinâmico da propriedade sobre a marca; 5. A miopia da confusão do consumidor; 6. A superproteção à marca nos leilões como óbice à livre concorrência; 7. A busca da superproteção à marca nos leilões como infração concorrencial; 8. Conclusão; 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A publicidade *online* é indubitavelmente um campo fértil para a divulgação de produtos e serviços e, conseqüentemente, para o desenvolvimento de muitas oportunidades de negócios. Além de mais ágil e assertiva no alcance de resultados com o público-alvo, ela permite que milhares de pequenas empresas ou mesmo pessoas físicas possam alavancar seus negócios, tornando-se um importante instrumento de redução de desigualdade social e recolocação de pessoas no mercado de trabalho.

Dados do Conselho Executivo de Normas-Padrão (CENP, 2021) indicam que o investimento em publicidade *online* cresce cerca de 8% ao ano, abocanhando um pedaço muito maior do que o investimento antes dedicado à publicidade em veículos 'físicos'. A participação dos veículos de *internet* foi a que mais cresceu, de 17,7, em 2018, para 23,3% em 2021. O valor dedicado à TV aberta, por exemplo, reduziu 5,5% entre 2018 e 2019, voltando a subir no período pandêmico e alcançando 56,9% de todo o investimento em 2021.

Com o aumento do interesse pela chamada publicidade *online*, não seria de se estranhar que conflitos aparecessem. Uma das maiores e mais tormentosas discussões, nesse mérito, diz respeito à utilização de marcas como palavras-chaves em leilões de ferramentas de busca. Ao dar lances altos pelas marcas dos concorrentes, as empresas perceberam que um *link* para o seu próprio *site* poderia aparecer antes do *link* do próprio titular da marca. Assim, iniciou-se uma guerra de 'quem dá mais' pela Palavras-chave que coincide com a marca. Não por acaso, começou-se a discutir se aquela

utilização da marca no leilão seria correta.

Contudo, a maioria dos debates até hoje cingiu-se à exploração ou não da marca e suas consequências no direito de propriedade intelectual. Pouco se refletiu sobre um ponto bastante importante: ao se impedir o leilão da Palavras-chave, estar-se-á limitando os resultados possíveis, e conseqüentemente, o que o consumidor irá visualizar. Sendo as vendas *online* tão relevantes quanto as vendas físicas, o efeito seria similar ao de um consumidor que vai ao supermercado pensando em comprar sabão em pó e, no carro, lembra-se da marca dominante, a “Omo”. Chegando ao supermercado, ele leva um susto ao ver que toda a gôndola está preenchida por uma só opção e marca, a “Omo”. Para retornar ao mundo real, ele precisa sair do supermercado, voltar ao estacionamento, concentrar-se e pensar “eu quero comprar sabão em pó”. Então ele entra novamente na loja e, aí sim, encontra diversas marcas. Na *internet*, ele precisará refazer a sua busca, digitando, agora sim, “sabão em pó”. Seria esse resultado limitado a melhor experiência que a ferramenta de busca pode oferecer ao usuário?

O consumidor, muitas vezes, busca por uma “geladeira Brastemp”, seja porque a sua geladeira velha é Brastemp, ou porque é uma marca da qual ele se lembra, mas acharia fantástico se o buscador também lhe lembrasse que há outras geladeiras semelhantes, talvez por preços melhores. É o mesmo que passar por uma avenida e ter somente uma farmácia, porque há uma legislação municipal que impede mais de uma farmácia por logradouro. Você precisa sair daquela rua e buscar outra.

Seria esse o melhor interesse do consumidor, ter menos escolhas? Se o legislador brasileiro que redigiu a lei n. 9.279/1996 (Lei de Propriedade Industrial ou LPI) pudesse viajar no tempo e fazer uma busca na *internet*, teria ele pensado que o consumidor que digitasse uma marca deveria ser sempre respondido com o *site* do titular daquela marca? Trazendo a lei antiga ao tempo presente, era essa a extensão da proteção desejada?

Este artigo busca, sob a perspectiva concorrencial, instigar a reflexão que supera as simples questões de propriedade intelectual usualmente lembradas. Aqui, pretende-se, sob as lentes do direito concorrencial, propor a revisão da extensão que tem se dado à proteção da marca nos leilões da *internet*, especificamente à luz dos princípios do artigo 170 da Constituição Federal e da lei n. 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência).

2. O DILEMA DOS LEILÕES E A APRESENTAÇÃO DA DISCUSSÃO

Aqueles que trabalham com publicidade *online* dominam o assunto, mas ele ainda é um mistério para os não familiarizados com a *internet*. Como as plataformas de busca como Google, Yahoo! e Bing decidem qual o anúncio exibirão quando o usuário fizer uma pesquisa? Ou seja, se o usuário digita “geladeira”, como é que essas empresas escolhem que anunciante será exibido como resultado no campo patrocinado? O método utilizado por eles é o mesmo, com pequenas variações na sua forma: o leilão de palavras-chaves.

Cabe dar um exemplo para facilitar a compreensão: imagine o dono de um pequeno hotel no Guarujá, em São Paulo, que deseja atrair hóspedes. Ele vai preparar um anúncio sobre o seu estabelecimento, contando as suas características, o que ele oferece, e trazendo as melhores fotos que tirou de seu negócio. Ele quer que o buscador se lembre dele quando o usuário digitar a palavra “Guarujá”, imaginando que aquela pessoa provavelmente deseja passar o final de semana à beira-mar. Ele é aconselhado, então, a entrar no *site* de algum buscador (Google/Bing) e participar do leilão,



oferecendo lances, em valores, pela palavra “Guarujá”. O anunciante pagará o valor no momento em que seu anúncio é clicado pelo usuário.

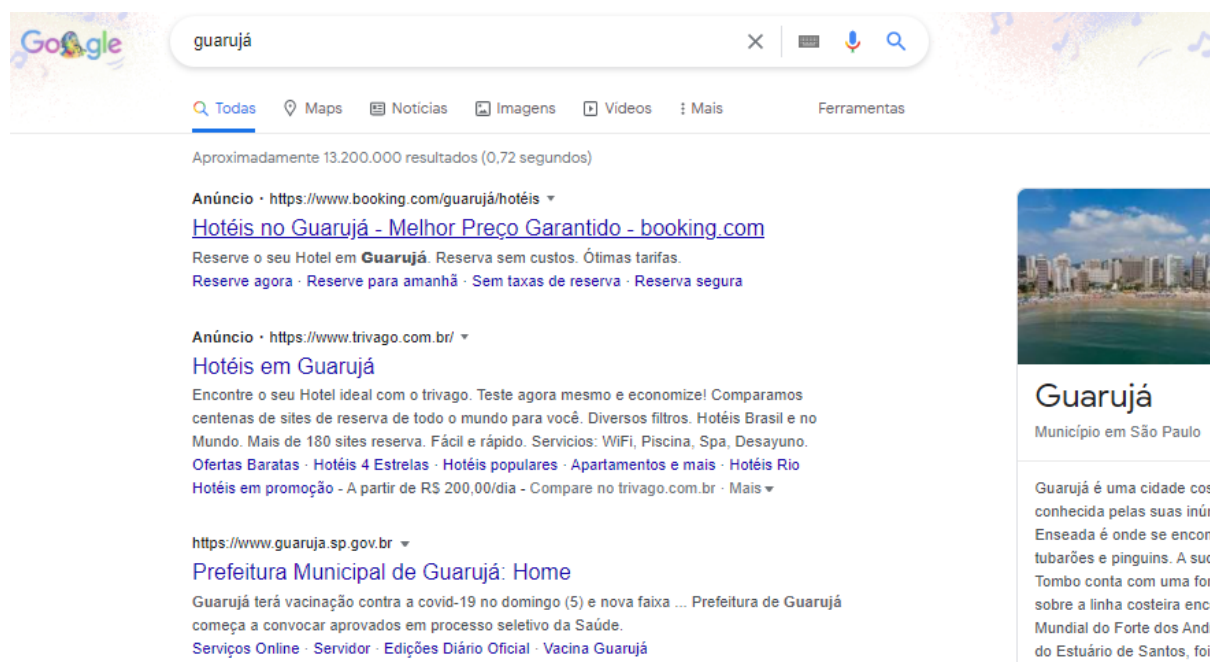
Qual seria a razão para se utilizar o método do leilão de menor preço? A razão é simples: considerando que o espaço reservado para anúncios em uma página de busca é limitado e que podem existir vários anunciantes interessados, o valor ofertado, juntamente com a qualidade do anúncio, é utilizado como critério para o seu ranqueamento na página. Ou seja, como há grande possibilidade de que mais pessoas queiram dar lances por uma mesma palavra, premia-se o disposto a gastar mais dinheiro, embora esse critério não seja o único que garanta a vitória. Dessa forma, os próprios anunciantes determinam o quanto estão dispostos a pagar por cada Palavras-chave, o que seria impossível para uma ferramenta determinar diante da infinidade de termos e palavras disponíveis.

Essa sistemática, em regra, promove concorrência, sendo o preço determinado exatamente como a variável direta da competição entre os anunciantes pelo melhor ranqueamento de acordo com as palavras-chave. Como consequência dessa competição, o chamado custo por clique, isto é, o custo de cada clique no anúncio, aumenta na medida em que aumenta o número de anunciantes interessados em uma mesma palavra.

Como mencionado, o pagamento não é o único requisito usado pelo buscador para definir o posicionamento e a própria exibição de um anúncio. Essa dinâmica é explicada pela página de suporte das respectivas empresas. Em regra, para mensuração da qualidade do anúncio, as ferramentas de busca consideram a taxa de cliques esperada (CTR), a relevância do anúncio e a experiência na página de destino (GOOGLE, 2023). Esses elementos não apenas incentivam a concorrência entre os anunciantes como também visam a garantir uma melhor experiência ao usuário, já que, para pagar menos, anunciantes tendem a melhorar a qualidade do anúncio e da página de destino.

É importante esclarecer que o anúncio não aparecerá dentre os resultados da chamada busca orgânica, que não admite pagamento, mas na chamada busca patrocinada, que é devidamente identificada dessa forma pelo buscador, quer por uma cor diferenciada, ou pela aposição da palavra ‘anúncio’, ‘patrocinado’ ou alguma outra insígnia que assim o identifique para os usuários. Esses resultados (busca patrocinada) são geralmente exibidos na parte superior, na lateral direita, ou na parte inferior da página de resultados. Assim, evita-se a confusão do consumidor, deixando claro que aquele resultado foi pago por alguém que quis aparecer ali.

Figura 1 – Pesquisa da palavra Guarujá



Fonte: Google (2023).

No exemplo acima, o Google (o buscador) entendeu que ou o usuário quer ir ao Guarujá, ou está buscando informações sobre a cidade. Assim, exibiu anúncios pagos ao lado de informações sobre a cidade. O Booking.com e o trivago.com.br foram, possivelmente, empresas dispostas a pagar mais (ou com anúncios de maior qualidade) pela Palavra-chave “Guarujá”.

O problema a ser desafiado por este artigo surge quando a Palavra-chave coincide com uma marca registrada. Guarujá é um nome próprio, palavra brasileira de origem indígena que não foi registrada por ninguém em nenhum órgão público. Qualquer um pode dar lances por ela. As marcas são sinais distintivos visualmente perceptíveis suscetíveis de registro perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), segundo o artigo 122 da LPI (BRASIL, 1996). Por isso, entende-se que a marca, ao contrário do Guarujá, tem dono, há um titular, sendo exclusivo o seu uso no território nacional (artigo 129 – LPI).

Entre as suas espécies, está a marca de produto ou serviço, que é usada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa (artigo 123). O seu registro confere ao seu titular ou depositante alguns direitos, entre eles o de usá-la em papéis, impressos, propaganda e documentos relativos à sua atividade. O artigo 132 traz, em seus quatro incisos, vedações ao seu uso. Por exemplo, o titular não poderá impedir a citação da marca em discurso, obra científica ou literária ou qualquer outra publicação, desde que sem conotação comercial e sem prejuízo para seu caráter distintivo. O objetivo desta proibição é impedir que aquele que registrou a marca abuse de seu direito, impedindo o desenvolvimento de inovações comparativas, por exemplo, embora tenha lhe sido resguardado o caráter econômico.

É exatamente aqui que mora a controvérsia. A LPI parece ter dado, ao titular da marca, o direito exclusivo de explorá-la com fins comerciais, embora não tenha especificado o que seria essa exploração comercial e seus limites, restando ao Poder Judiciário essa tarefa. Além disso, a LPI é

antiga, imediatamente posterior à Constituição Federal de 1988, e não poderia imaginar o fenômeno da *internet* que viria a dominar o mundo duas décadas depois.

Então, dando o exemplo da marca: experimente digitar “McDonalds” (uma marca) no seu mecanismo de busca favorito. Provavelmente, além de lhe contar que esse é o nome de uma lanchonete famosa, a resposta também trará anúncios (*links*, sobretudo) de concorrentes como Burguer King, Habibs, entre outros. Devem os julgadores brasileiros impedir que os buscadores exibam resultados de outras empresas, trazendo ao consumidor apenas informações sobre o *fast-food* dos arcos dourados? Ao fazer isso, não se estaria falando de perda de bem-estar ao se restringir uma das maiores formas de rivalidade entre as empresas, que traz tantos benefícios aos consumidores, que é a concorrência na *internet*? Os efeitos negativos da exclusividade na resposta ao consumidor são compensados pelas suas eficiências?

Essa é uma discussão eminentemente concorrencial: de um lado o Poder Judiciário interpreta a LPI para dar ao titular uma exclusividade de aparição nos resultados de busca, sob o entendimento de proteção ao direito de marca. No outro lado, estão dois vértices: em um deles, está o consumidor privado de opções, porque alguém entendeu que ele seria enganado e que merecia a proteção; no outro vértice está o concorrente alijado da aparição na ferramenta de busca. O que deve prevalecer?

3. A CONTROVÉRSIA DO LEILÃO DAS MARCAS NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A análise da jurisprudência dos tribunais brasileiros demonstra predisposição das cortes ao reconhecimento da ilicitude na utilização das marcas no leilão dos buscadores na *internet*. A argumentação em geral baseia-se nos artigos 129, caput, e 195, ambos da LPI, sem escapar da análise do direito da propriedade industrial. Várias decisões fazem apenas menções genéricas ao direito exclusivo de uso da marca, atos de concorrência desleal ou desvio de clientela. Exemplos desse entendimento é a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível n. 1008545-72.2019.8.26.0100:

O consumidor ao buscar uma marca específica junto ao site de busca, por óbvio sabe exatamente o que procura. Não se trata de uma busca genérica pelo termo ‘máquina de cartão’ ou ‘máquina de pagamento’, por exemplo. Não se pode negar que com tal prática objetivam atrair o consumidor que busca informações de sua concorrente, configurando, assim, o desvio de clientela (SÃO PAULO, 2021, p. 7).

Vários votos dessa Corte se apoiam no artigo de Rodrigues Junior (2015) para quem o anunciante, ao usar a marca de um concorrente como Palavras-chave para o seu próprio *link* patrocinado, “parasita o prestígio de marca alheia, com o fito de atrair para si a clientela cultivada por outrem”.

Felizmente, há votos dissidentes. O Desembargador Azuma Nishi, do mesmo Tribunal de Justiça, entendeu de forma oposta:

Primeiramente, entendo não haver ilícito marcário por parte do apelante, ao contratar o nome da marca licenciada pela apelada no serviço da Google (GOOGLE ADWORDS). Não

há na Lei 9.279/1996 (Lei de Propriedade Industrial LPI) qualquer vedação a tal prática. É bem verdade que o artigo 130, inciso III da LPI prevê o direito do titular da marca zelar pela sua integridade material ou reputação. Porém, tal prática em nada ofende a integridade ou reputação da marca. Tampouco a prática não encontra amparo na vedação prevista no artigo 132, inciso IV3 da mesma lei, pois, embora o apelante e a Google utilizem a marca licenciada pela apelada para fins de aproveitamento comercial. Isso porque a marca licenciada pela apelada sequer se apresenta perante os potenciais consumidores internautas que utilizam do serviço de busca da Google, tampouco de forma a induzi-los indevidamente a erro ou confusão (SÃO PAULO, 2020, p. 10).

Os julgados de primeira instância são, em geral, mais criativos, embora tenham sido posteriormente reformados. Dentre os argumentos trazidos, estão mais claramente a ausência de enganosidade ou abuso e a inexistência de possibilidade de confusão do consumidor:

Ademais, este Juízo vem entendendo inexistir concorrência desleal nos links patrocinados, porque o buscador deixa claro que se trata de um anúncio. Ato ilegal haveria se, ao clicar-se na página oficial de certa marca/produto/empresa, o consumidor fosse direcionado a outra concorrente. (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Ação 1082003-25.2019.8.26.0100, julgada em 22 de agosto de 2019).

Ademais, caso a pretensão do autor sagra-se vitoriosa, da forma como posta na exordial, o uso das "palavras-chave" referentes às marcas registradas somente poderia ser feito por seus titulares. Consequentemente, os consumidores seriam impedidos de ver os anúncios de outros fornecedores (varejistas), quase que impossibilitando a comparação de preços e a pesquisa de outras facilidades. Portanto, não demonstrado qualquer tipo de dano, nem de atividade ilícita cometida pela ré, a improcedência dos pedidos é de rigor. (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Ação 1017951-94.2016.8.26.0562, julgada em 17 de novembro de 2017).

Daí que, no que concerne à exibição de anúncios na internet, o primordial não está em verificar se uma pessoa associou seu nome a buscas da rival ou se isso decorreu de outros fatores da tecnologia do algoritmo do motor; e sim se esse anúncio pode induzir o consumidor em erro. Afinal é nisso (repita-se, na indução a erro) que estará o desvio parasitário da clientela, e não na situação do consumidor que, buscando por um tipo de serviço (por vezes, associado a uma marca por conta da sua supremacia de mercado), acaba descobrindo concorrentes e, voluntária e conscientemente, escolhe um deles. (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Ação 1001369-12.2017.8.26.0068, julgada em 31 de julho de 2017).

Há decisões divergentes também em terras cariocas, como no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que decidiu que:

[...] não há nenhuma menção à marca da Autora, que também aparece no resultado da busca, com posição de destaque, não sendo capaz de gerar qualquer tipo de confusão para o consumidor. Ademais, pela simples utilização do termo em questão, não vislumbro qualquer lesão a direito marcário ou honra objetiva da autora, porquanto a ré não se utiliza efetivamente de sua marca, apenas indica que ela sirva



de gatilho para a aparição de seu anúncio, em se tratando de serviço similar de acordo com a Apelação Cível nº. 0107747-11.2017.8.19.0001, julgada em 19 de junho de 2018.

Percebe-se, assim, que apesar da existência de várias decisões contrárias ao uso de marcas nos leilões, há ainda espaço para o debate.

4. O CARÁTER DINÂMICO DA PROPRIEDADE SOBRE A MARCA

Como visto acima, as decisões que defendem a ilicitude do uso da marca nos leilões na *internet* baseiam-se preponderantemente em uma visão privatista de um direito exclusivo conferido ao titular da marca. Para elas, os tribunais devem coibir toda a forma de uso feito à revelia do seu proprietário, daquele que a registrou. O objetivo último, aqui, parece ser a proteção completa e irrestrita da marca sob o argumento de proteção ao investimento realizado pelo autor e à sua reputação. Esta visão míope é contrária às mais sólidas interpretações do artigo 170 da Constituição Federal e, pior, muitas vezes apoiadas em uma compreensão errada ou parcial do princípio da livre concorrência, contido no mesmo dispositivo.

Quando se estuda a evolução da defesa da propriedade no direito brasileiro, observa-se uma mudança sensível no tratamento deste instituto, antes de caráter eminentemente privatista, que passa a obedecer a contornos publicistas. O caráter antes estático, absoluto, de regra a ser respeitada independentemente das exceções, é substituído por um caráter dinâmico, que impõe que a propriedade não seja um fim em si mesma, mas a realização de outros princípios. É dado a ela um caráter instrumental, devendo-se adequar à ideologia constitucionalmente proposta.

Quem melhor trata desse tema é Vaz (1993), para quem a propriedade tem um compromisso com a sociedade, nascendo da necessidade de se proteger a criação do trabalhador, do inventor, mas que não termina nisso. Para a autora, a propriedade deve ser retirada de seu estado de ócio (caráter estático), para vir a produzir novas riquezas, gerando empregos e sustento dos cooperadores da empresa e da comunidade. Ela deve ser dinamizada com o objetivo de sair da esfera individual para desempenhar um papel útil.

Esta teria sido a razão pela qual o legislador constitucional escolheu colocar a função social da propriedade como princípio basilar da atividade econômica, logo depois do próprio respeito à propriedade privada. A autora esclarece essa dinamização a partir do estudo da proteção aos direitos autorais. A satisfação do interesse social sobrepõe-se ao interesse do próprio indivíduo-autor. O Estado deve atender de maneira satisfatória ambos os lados: proteger e recompensar o trabalho pessoal e criativo do autor, evitando qualquer forma de confusão aos consumidores, mas também proteger o interesse da sociedade que fornece a matéria prima da obra.

Enquanto suporte do direito de propriedade, os bens intelectuais no contexto da carta vigente e de acordo com a ideologia adotada, submetem-se também ao princípio da função social, manifestado por meio das limitações ao seu aspecto patrimonial (VAZ, 1993, p. 461).

Ao entender essa mudança, deixa-se um passado remoto em que a propriedade era imperativa e se conquista o espaço em que ela sofre limitações dimensionais e deve ter a sua utilização conformada ao interesse social. Ninguém está dizendo aqui que a propriedade (no caso deste artigo, a marca) deixa de ter valor, mas sim que a proteção à marca deve se acomodar ao propósito econômico efetivo daquilo que se propôs proteger e também acomodar interesses sociais, dentro de um caráter dinâmico, deixando de ser absoluta e irrestrita.

Assim, a propriedade deve ser um instrumento de respeito a outros valores, conformando-se ao interesse da sociedade. O respeito à marca, no caso, não deve ser visto isoladamente, absolutamente, como alguma coisa garantida ao seu titular que impeça qualquer tipo de utilização. A sua utilização por outrem deve ser impedida tão somente quando ela desencoraja a futura criação, quando a apropriação é parasitária, fazendo-se com que o outro que nada desenvolveu apodere-se dos clientes alheios sem ter contribuído para a sua captação. Como se verá abaixo, não é o caso da utilização de palavras-chaves em leilão de buscadores.

Grau (2008) lembra que a inclusão do princípio da garantia da propriedade privada dos bens de produção entre os princípios da ordem econômica tem o condão de não apenas afetá-los pela função social, mas também subordinar o exercício dessa propriedade aos ditames da justiça social e de transformar esse mesmo exercício em instrumento para assegurar a todos existência digna. Neste ponto, completa

Cabe ao princípio da função social, enfim, dar a estabilidade necessária à propriedade privada, tutelando sua integridade jurídica e procurando tornar sua existência sensível ao impacto social do exercício dos poderes concedidos ao titular do domínio. [...] Na ordem econômica atual, a propriedade privada encontra um sentido cada vez mais relativizado, exigindo do operador do direito sua inserção no ordenamento jurídico positivo como um fato disciplinado não só pelo direito privado, e cada vez mais relativizado pelo direito público (GRAU, 2008, p. 247).

Dentro dos interesses sociais está compreendido o direito do consumidor a ter escolhas, a acessar essas escolhas, a ser bem informado. Dentro dos direitos sociais está o interesse do fornecedor do produto ou serviço de ser visto pelo consumidor em um leilão que representa hoje grande parte de seus gastos com publicidade. Não é por outra razão que o princípio da defesa do consumidor não foi esquecido, também contemplado pelo mesmo artigo 170. Assim, não deve existir proteção à propriedade privada se ela não se coaduna com o melhor da defesa do consumidor e da ampla concorrência, já que é a sua função social ser um instrumento de respeito aos interesses do consumidor e do próprio fornecedor.

Desta forma, a visão mais moderna da propriedade pede uma interpretação restritiva e mais ponderada da amplitude de sua proteção, desaconselhando-se restrições à sua utilização quando a lei não é extremamente clara e a superproteção reduz bem-estar econômico e o exercício dos demais direitos preconizados pelo próprio artigo 170.

5. A MIOPIA DA CONFUSÃO DO CONSUMIDOR

A proteção à marca é tradicionalmente vista, pelo direito brasileiro, como uma forma de



evitar a confusão do consumidor em relação à procedência do produto. O próprio conceito trazido pelo artigo 122 da lei n. 9.279/96 dispõe para registro como marca “os sinais distintivos visualmente perceptíveis” (BRASIL, 1996). Em 2011, a Ministra Nancy Andrighi se debruçou sobre conceitos que são importante base de partida para a discussão desse capítulo, e discorreu especificamente sobre a proteção ao consumidor.

No caso em comento, a empresa farmacêutica produtora do medicamento “Sorine” reclamava de outra que estava comercializando o “Sorinan”. A Ministra, no entanto, entendeu que não se poderia atribuir uma exclusividade ao radical “sor”, conforme desejado pela empresa reclamante, porque isso seria a garantia de uma exclusividade indevida ao detentor da marca. Ela confirmou, assim, a decisão recorrida, para quem o radical não seria suficiente para causar confusão no consumidor, porque este está acostumado a criar vínculos com outros elementos além da marca.

A finalidade da proteção ao uso das marcas é dupla: por um lado protegê-la contra usurpação, proveito econômico parasitário e desvio leal de clientela alheia e, por outro, evitar que o consumidor seja confundido quanto à procedência do produto (art. 4, VI, do CDC). No tocante ao último aspecto, o que se vê é que a marca confere uma imagem aos produtos e serviços prestados pelo empresário, agregando, com o tempo, elementos para a aferição da origem do produto e serviço (BRASIL, 2011, p. 9).

Com razão o acórdão recorrido ao consignar que não se deve tratar com tanto rigor a questão da colidência em se tratando de medicamentos. Isso porque, além da situação acima descrita ser extremamente habitual, os consumidores de fármacos criam vínculos com outros elementos além da marca nominativa, principalmente com o laboratório produtor e o preço, mormente quando se considera o cenário do mercado consumidor brasileiro nesse ramo surgido com a entrada em vigência da lei 9.787/99 (lei dos genéricos), que autorizou a comercialização, por qualquer laboratório, de medicamentos com patentes caducadas. [...] (BRASIL, 2011, p. 11).

Admitir a exclusividade no uso do radical evocativo “sor” isoladamente assemelha-se a assegurar verdadeiro monopólio ao titular do registro mais antigo a utilizar em sua marca a referência à substância principal do produto. Essa situação seria incoerente com a essência da LPI, que, para além da repressão à concorrência desleal, objetiva, por meio das cláusulas da irregistrabilidade, tutelar a livre concorrência (BRASIL, 2011, p. 11).

Toma-se esse voto como ponto de partida porque, além de ter sido bastante citado em outras decisões posteriores, ele traz implícito o reconhecimento de que o consumidor não pode ser facilmente enganado e é apegado a elementos que se sobrepõem à marca.

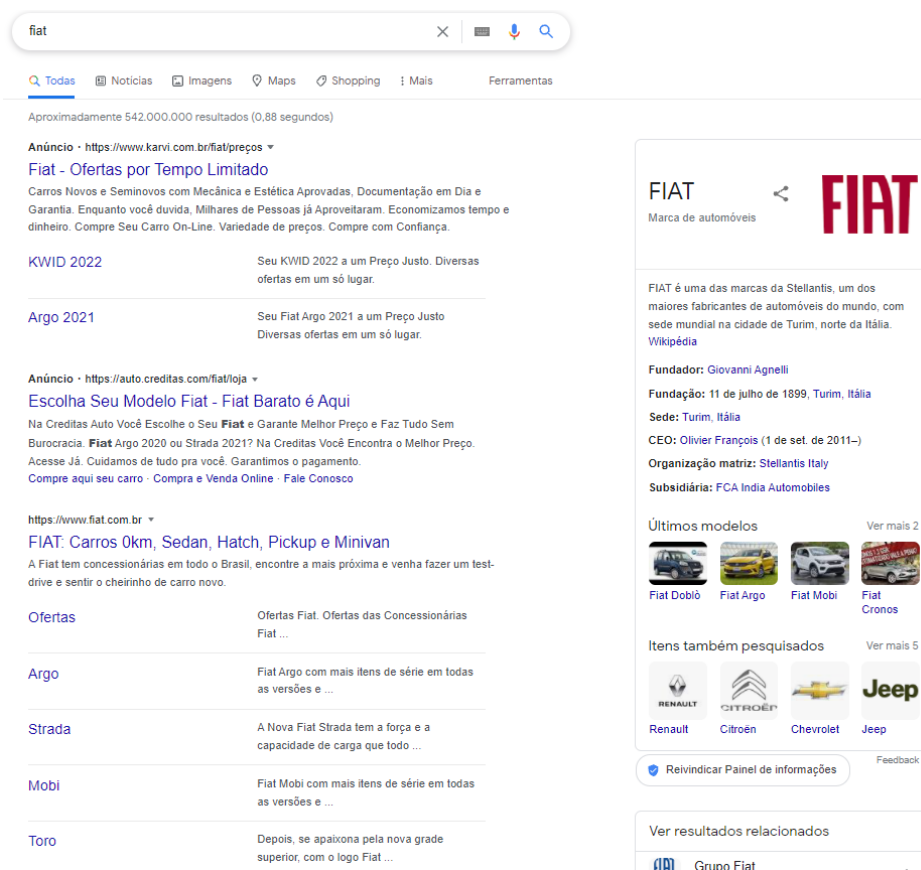
Puxando daí um gancho, é importante questionar: qual a possibilidade de o usuário da *internet* ser confundido se os resultados da busca retornarem, entre várias respostas, um anúncio com *link* para a página de um concorrente, devidamente identificado? E mais: ao clicar, qual a possibilidade de ele ainda comprar pensando que está no *link* do titular da marca? As decisões judiciais em geral não especificam ou trazem detalhes sobre este importante detalhe.

Na pesquisa abaixo, digitou-se “Fiat”, marca conhecida de veículos. Como resultado da busca, o usuário visualizou anúncios (parte superior da página) e à direita, o que o Google chama de

“painel de informação”, que traz dados sobre aquele produto ou serviço específico. No caso, o Google informou que é uma marca e um dos maiores fabricantes de automóveis do mundo.

Além das informações simples, há um texto descritivo abaixo do título do anúncio. Esse texto contém explicações bastante claras ao consumidor, eliminando-se, bem provavelmente, qualquer possibilidade de erro em relação ao *link* sobre o qual ele vai clicar. Quando o *link* não é da Fiat, como no primeiro e segundo casos “Escolha seu modelo Fiat – Fiat barato é aqui”, há uma descrição que também avisa o usuário do que ele irá acessar (não é o *site* da fabricante, mas sim o *site* de uma revendedora).

Figura 2 – Pesquisa da marca Fiat



Fonte: Google (2023).

Em primeiro lugar, é preciso considerar que a marca, legalmente protegida, não é exibida em nenhum anúncio senão por aquele que detém a titularidade ou o seu direito de uso (cessionário). Se estivesse sendo dessa forma utilizada, certamente se estaria diante de um caso de uso indevido de uma marca, uma vez que, assim como em uma loja de rua física, a exibição de um anúncio com a marca de outro titular, sem a sua permissão, configura uso indevido. Como pode ser ver acima, o resultado da busca deixa bastante claro, ao consumidor, quais são os *sites* retornados como resultado e as suas devidas marcas.

Note, inclusive, no exemplo acima, que o próprio Google, como de costume, geralmente apresenta no painel de informações o campo “itens também pesquisados”, como forma de orientar sobre pesquisas relacionada feitas por outros usuários. Nesse campo, são exibidas marcas de outras montadoras, como a Renault, Citroën, Chevrolet, Jeep, podendo ainda o usuário decidir clicar no

título para exibir mais itens também pesquisados por outros usuários. Essa é uma informação gerada pelo próprio Google, sem qualquer tipo de patrocínio dessas empresas. Não se alega, aqui, qualquer tipo de confusão ao consumidor. Da mesma forma, difícil seria alegar que o resultado de anúncio de texto de uma empresa, tão somente porque se baseou na marca nominal de um concorrente, para fins do leilão, poderia causar alguma espécie de confusão.

A esse respeito, um ponto nada explorado nas decisões judiciais é que a utilização da Palavras-chave que coincide com a marca não se dá na frente dos olhos e diante do consumidor. O mecanismo de leilão não é visível ao usuário, nem a qualquer outra empresa, sendo uma interface apenas entre o anunciante e a ferramenta de busca. Somente resultados são visíveis publicamente e, neles, não há (ou não deve haver menção) à marca protegida. Assim, não seria correto dizer que o consumidor é induzido a erro por incorretamente entender que a marca se refere a outro produto. Ele digita a Palavras-chave que coincide com a marca, mas o resultado não é a Palavras-chave, e sim um anúncio com um *link* e um pequeno descritivo, que contém o nome de outra empresa, no qual o consumidor pode clicar ou não. Neste caso, ao contrário de confundir, estar-se-á dando oportunidades ao consumidor, uma alternativa para que ele possa buscar mais de um fornecedor, inclusive o titular da marca.

Não obstante, cabe lembrar que o consumidor também verá, na mesma página, os chamados resultados orgânicos, que são parte da busca das ferramentas que não é comercializada (chamados também de resultados não pagos). Estes resultados trarão o que o algoritmo entende que responde melhor à busca feita. O algoritmo não sabe que aquela Palavras-chave coincide com uma marca, mas pode trazer, em uma ação artificial (não humana) um resultado distinto do seu titular. Seria no caso também um uso que viola a esperada proteção intelectual? Provavelmente não, mas o consumidor, da mesma forma, poderia clicar em um *site* que não é o do titular, simplesmente porque o *site*, por exemplo, é mais completo (e por isso o preferido do algoritmo). Mais uma vez, vale repetir, o consumidor dificilmente é induzido a erro, já que ele tem a clara oportunidade de ler a página e a sua descrição antes de clicar no *link* sugerido.

Neste sentido, vale o voto do Desembargador Azuma Nishi, do Tribunal de Justiça de São Paulo:

O consumidor, ao digitar determinada marca, não é induzido a erro, pois não se adentra forçadamente no site da concorrência, mas confere-se, a este consumidor, alternativa adicional ou sucedânea à marca ou produto que é de seu interesse. Esta alternativa adicional ou sucedânea não configura concorrência desleal, pelo contrário, aos olhos do consumidor, estimula a concorrência e aprimora a competição e, conseqüentemente, a eficácia do mercado. [...]

Pois bem, se fica claro do anúncio que os bens e serviços dispostos são originários do anunciante, e não do titular da marca utilizada como Palavras-chave, não se configura a confusão dos produtos ou de estabelecimentos, tampouco, meio fraudulento de desvio de clientela. Em suma, não há infringência às disposições legais acima mencionadas, não sendo, assim, antijurídica tal conduta (SÃO PAULO, 2020, p. 15).

6. A SUPERPROTEÇÃO À MARCA NOS LEILÕES COMO ÓBICE À LIVRE CONCORRÊNCIA

Ultrapassada uma rápida análise sobre a visão publicista da propriedade intelectual e da impossibilidade de confusão do consumidor, cabe adentrar no tema principal proposto, a proteção à marca nos leilões como óbice à livre concorrência.

Com frequência, a livre concorrência é mencionada como o princípio basilar da proteção à propriedade intelectual. Alguns autores e decisões judiciais entendem que a proteção da marca, por ser um indutor de inovações, de criatividade, seria uma expressão de livre concorrência (aumento da concorrência).

Carvalho (2016) sustenta, de forma interessante, que o direito da concorrência e a propriedade intelectual são especialidades jurídicas de inteira confluência, pois a última é essência à existência de rivalidade entre vendedores de produtos e serviços, enquanto a concorrência assegura a manutenção da rivalidade por meio de mecanismos de repressão a atos desviadores da conduta diferenciadora. Para ele, seria errado associar a proteção da propriedade intelectual com a formação de um monopólio, sendo mais correto entendê-la por sua função diferenciadora. A propriedade intelectual seria o contrário: ela pressupõe a existência de concorrentes e produtos substitutos, e opera de modo a diferenciar entre eles:

Onde há monopólio, não há propriedade intelectual, pois não há por onde escolher [...] a propriedade intelectual só é contrária, isso sim, à concorrência pela imitação. Mas ela é intrinsecamente, inerentemente, fundamentalmente a favor da concorrência pela diferenciação (CARVALHO, 2016, p. 11).

Como bom exemplo, o autor cita o mercado de refrigerantes. Se não houvesse competição, o fornecedor não precisaria imprimir uma marca no rótulo, bastaria escrever 'refrigerante de cola', ou 'refrigerante de laranja'.

Apoiando-se na ideia da propriedade intelectual como vetor de diferenciação e, conseqüentemente, de livre concorrência, Carvalho defende que há que se ter cuidado tanto com a sua proteção excessiva quanto com a sua proteção insuficiente. A proteção insuficiente opera quando se recusa o registro de marcas não visualmente perceptíveis ou se adota regras processuais tolerantes à cópia e à imitação. Assim, os concorrentes e produtores menos eficientes imitarão os seus concorrentes mais capazes, com a desmoralização dos esforços para exercer uma concorrência eficiente no mercado. Na proteção excessiva, amplia-se mecanismos excludentes da propriedade intelectual. Ambos são erros de dosagem.

Volta-se, então, ao tema dos leilões das ferramentas de busca. Há um erro de dosagem, a proteção excessiva. Como já visto acima, a ferramenta de busca traz informações suficientes para que o consumidor, informado, tome a sua decisão em relação ao *link* sobre o qual irá clicar. Não há exibição indevida ao público da marca protegida associada ao anúncio de concorrente. Além disso, também como exposto, a marca não está sendo copiada por um concorrente, mas apenas e tão somente utilizada em um ambiente privado para indicar ao algoritmo da ferramenta as buscas às quais o anúncio poderá ser exibido. Corresponde, assim, a apenas uma das opções do leilão, que ocorre sem que o consumidor veja. O resultado da busca, quando é livre, é a exibição de mais

opções ao consumidor.

Para facilitar, deve-se pensar em um consumidor que quer comprar “*nuggets*”. Ele vai ao supermercado e se dirige à gôndola de congelados. Ele para por alguns instantes, analisa os rótulos, as embalagens, e escolhe o pacote que possui o menor teor de sódio. O algoritmo é uma forma de inteligência e leitura artificiais, ele não está vendo o consumidor, mas pretende, da forma mais precisa possível, entender o que ele busca. Se o usuário da *internet* digitou “*nuggets*”, há uma boa possibilidade de que ele esteja procurando por empanados feitos partir de carne de frango, preparados à milanesa ou em polme, e em seguida frita ou assada. Ao clicar, na ausência de uma proteção excessiva à marca, o consumidor vai encontrar diversos *links*, explicações, textos, muitas vezes painéis de informações, entre outras curiosidades informativas. Ao impedir que o resultado retorne com opções da Swift, Seara, Perdigão e Aurora, a ferramenta estaria limitando o acesso à gôndola do supermercado apenas à empresa que registrou a marca referida (a Sadia).

A decisão judicial que proíbe o uso da marca como Palavras-chave está impondo, assim, uma proteção excessiva, desnecessária e maléfica ao consumidor. Seu efeito é o contrário do que se deseja na visão mais moderna da propriedade privada vista acima: ao superproteger, o juiz impõe, de forma direta ou indireta, limitação de opções, já explicada, e uma restrição ao ingresso de concorrentes no mercado.

A este último efeito atribui-se o nome de elevação de barreiras à entrada no mercado.³A empresa titular do registro da marca pode ser a maior detentora de poder de mercado, de poder econômico, sendo por vezes a dominante. Ela normalmente detém a maior capacidade de investimento em publicidade, seja *online* ou *offline*. Com a prática, alija-se o concorrente, atuante ou mesmo entrante na categoria de empanados de frango, da possibilidade de aparecer como resultado patrocinado na busca da *internet* que, como mencionado na introdução, corresponde hoje a uma parcela relevante do ambiente publicitário. As empresas que pretendem estabelecer-se no mercado deverão pensar que as chances de publicidade *online* são limitadas, já que elas não mais podem oferecer lances para serem lembradas na intenção do consumidor de procurar aquele produto, a não ser que o consumidor se lembre que os *nuggets*, na verdade, são empanados de frango.

Espera-se a livre concorrência onde há mais concorrentes, melhores condições de entrada ou saída no mercado (livre iniciativa) e menos barreiras impostas por entes estatais ou pela própria natureza do produto. A regulamentação da concorrência, no sentido de proteção, surgiu da necessidade de garantir que a liberdade de mercado, decorrente dos anseios do liberalismo econômico, não se transformasse em uma licença em prejuízo do próprio mercado e da concorrência (COMPARATO, 1967). Para Grau (2008), a liberdade de concorrência pode ser entendida como faculdade de conquistar a clientela, proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência (liberdade privada) e neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade

3 “Barreiras à entrada podem ser definidas como qualquer fator em um mercado que coloque um potencial competidor em desvantagem com relação aos agentes econômicos estabelecidos. Quanto mais elevadas as barreiras à entrada em um dado mercado, maiores são os custos financeiros e em termos de tempo que um potencial entrante deverá incorrer para que o capital investido seja adequadamente remunerado. Quanto mais elevadas são essas barreiras, menor é a probabilidade de entrada de novas empresas no mercado relevante definido. As barreiras à entrada possibilitam às empresas instaladas a manutenção dos preços em patamares mais elevados e dificultam a entrada de novas concorrentes com capacidade produtiva, uma vez que diminui a possibilidade efetiva de concorrência. Os seguintes fatores constituem as mais convencionais barreiras à entrada: os custos irrecuperáveis (*sunk costs*); as barreiras legais ou regulatórias; os recursos de propriedade exclusiva das empresas instaladas; as economias de escala e/ou de escopo; o grau de integração da cadeia produtiva; a fidelidade dos consumidores às marcas estabelecidas; e a ameaça de reação dos competidores instalados” (BRASIL, 2016, p. 27).

de condições dos concorrentes (liberdade pública). Seria, em resumo, o “livre jogo das forças de mercado, na disputa da clientela”.

Ao excluir o concorrente do leilão, o único beneficiado é o próprio titular da marca (que impede a exibição de anúncios de marcas concorrentes relacionadas às palavras-chaves de sua marca, e que pagará muito menos pelo mesmo leilão, na ausência total de quem possa dar lances por aquela Palavras-chave), prejudicando-se não só o direito do consumidor à informação e à escolha, mas também evitando a entrada de novos rivais.

Neste sentido, está correto o posicionamento do Desembargador Azuma Nishi, para quem os princípios do artigo 170 pressupõem a exploração igualitária de quaisquer atividades, o que é o objetivo do serviço de buscas bem como a utilização da marca de empresas concorrentes.⁴

7. A BUSCA DA SUPERPROTEÇÃO À MARCA NOS LEILÕES COMO INFRAÇÃO CONCORRENCIAL

Discutiu-se, no capítulo acima, o potencial efeito anticompetitivo da superproteção à marca. Cabe agora discutir se o titular da marca, ao impedir a sua utilização como Palavras-chave do leilão das ferramentas de busca, estaria praticando uma violação à ordem concorrencial (já que provoca o Poder Judiciário para que conceda proteção excessiva à marca).

Em 25 de janeiro de 2019, a Comissão Europeia encerrou uma investigação contra a empresa Guess?, condenando-a ao pagamento de multa de 7% de seu faturamento, por violação ao artigo 101 do Tratado da União Europeia⁵. De acordo com a autoridade, a empresa teria imposto condições restritivas aos seus distribuidores, violando a concorrência entre eles. A mais relevante e problemática violação teria sido impedir que eles dessem lances pela marca “Guess?” no leilão de palavras-chaves de buscadores, principalmente o Adwords do Google. A Guess? esclareceu que também nunca permitiria que terceiros dessem lances pelas suas marcas, fossem distribuidores ou não (EUROPEAN COMMISSION, 2018, p. 47). A empresa esclareceu, em seu *site*, que não permitia o leilão porque os terceiros iriam aumentar seus custos com o Google e reduzir a visibilidade e vendas do *site* www.guess.eu. A Comissão entendeu que era uma tática abusiva para reduzir a *‘findability’* (rastreadibilidade) e a visibilidade dos distribuidores.

Ao impedir que seus revendedores autorizados usem sua marca na publicidade da busca on-line, a Guess limita a ‘rastreadibilidade’ e a visibilidade dos revendedores vendendo produtos on-line. Mesmo que ela não impedisse seus revendedores de

4 “Cumpra ainda salientar que os Princípios constitucionais da livre iniciativa e livre concorrência (art. 170, caput e inciso IV da CF) visam delinear uma conformação democrática de mercado que possibilite exploração igualitária de quaisquer atividades, o que certamente é a função do serviço de buscas bem como a utilização do adwords da marca de empresas concorrentes” (SÃO PAULO, 2020, p. 19).

5 “1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos” (UNIÃO EUROPEIA, 2016, p. 45).

vender pela internet, ela restringia a habilidade de que eles efetivamente gerassem tráfego para os seus próprios sites por meio da busca on-line. Isso restringe sua habilidade de vender produtos, em particular para aqueles fora de sua área de atividade. [...]

Um dos objetivos da política [de restrição do uso da marca pela Guess] era reduzir os custos de publicidade. Neste sentido, a Corte de Justiça reconheceu, em um julgamento relacionado a marcas, que o uso de uma marca de propriedade de outro como Palavras-chave na publicidade on-line constitui uma prática inerente à concorrência, já que ela oferece aos consumidores alternativas ao produto oferecido pelo proprietário da marca, mesmo que isso signifique um aumento de custos de publicidade para o próprio dono da marca. Por essa razão, proibir o uso não é compatível com a livre concorrência prevista Tratado da União Europeia (EUROPEAN COMMISSION, 2018, p. 29, tradução nossa).

Vários conceitos usados nos tópicos anteriores deste artigo são importantes aqui. O primeiro deles é a defesa do consumidor como princípio e diretriz na interpretação da licitude da prática. Assim, o uso da marca no leilão é prática inerente à concorrência, trazendo mais alternativas ao consumidor, mesmo que isso signifique aumento dos custos ao titular do registro. Não havendo justificativa de que os consumidores seriam induzidos a erro, restaria apenas a prática de restringir a competição com o próprio titular:

Atribuir à Guess Europa o direito exclusivo de usar a marca na busca publicitária on-line é atribuir uma vantagem competitiva considerável sobre seus revendedores, com os quais compete on-line e intra-marca (EUROPEAN COMMISSION, 2018, p. 29, tradução nossa).

A decisão também endereçou de forma muito acertada o argumento do custo no investimento da marca, sob uma perspectiva concorrencial: mesmo que o titular da marca tenha seu custo aumentando, já que precisará dar lances mais caros à sua própria marca, esta será uma consequência justificável diante do bem-estar gerado pelo aumento da concorrência. Aliás, como posto acima, o aumento do custo por clique é consequência direta da existência de concorrência. Ou seja, a redução desse custo é obtida exatamente pela eliminação de concorrentes.

Na linha do que entendeu a Comissão Europeia, uma limitação ao uso de uma marca em um leilão tem o efeito nefasto de restringir o direito de competir (dentro do universo *online*) a um só jogador, alijando os demais que não poderão estar compreendidos na intenção de busca do usuário da *internet*.

Assim, ao impedir que uma marca seja uma Palavras-chave, um juiz limita a capacidade de escolha do consumidor, por um lado, e o direito do fornecedor de participar daquela concorrência, por outro, por um fato que sequer viola as finalidades para as quais a proteção jurídica às marcas é conferida. Esta hipótese constituiria um direito excessivo aos titulares e uma proibição contrária ao princípio da livre concorrência.

E qual deveria ser o entendimento no Brasil, caso o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) fosse instado a analisar a ação judicial de uma empresa que tenta impedir que seu concorrente use sua marca no leilão?

A Lei de Defesa da Concorrência dispõe, em seu artigo 36, §3º, inciso XIX, que constitui infração da ordem econômica o exercício ou exploração abusiva de direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.⁶ Trata-se de uma conduta de natureza unilateral, imposta por um agente do mercado em prejuízo do outro (conduta exclusionária).

A jurisprudência do Cade já entendeu, de forma suficiente, que a obtenção legítima de um registro não impede que haja abusividade no seu exercício:

A conduta anticompetitiva pode decorrer tanto de fraudes ou abusos no procedimento de registro do direito de propriedade industrial quanto de abusos no exercício do direito em si. A mera obtenção dos registros de desenho industrial pelas Representadas, ainda que tenha obedecido ao procedimento da Lei de Propriedade Industrial, com o aval do INPI, não afasta, por si só, a possibilidade de que tais registros sejam exercidos de modo abusivo, na medida em que se desvirtuem dos fins socioeconômicos que amparam o direito (BRASIL, 2018).

No caso Anfape mencionado, é possível depreender, das palavras da Conselheira Paula Farani, onde residiria o abuso. Para ela, o exercício abusivo se caracterizaria quando tal direito fosse utilizado de maneira inapropriada e deturpada, de modo que extrapolaria sua finalidade social e econômica e imporá efeitos anticompetitivos injustificáveis ao mercado. Contudo, ao julgar o caso, a Conselheira entendeu que a utilização de medidas judiciais para efetivar a proteção de uma propriedade intelectual (no caso, de um desenho industrial) é uma faculdade permitida por lei, e, por isso, não haveria qualquer desvio na conduta ou na finalidade por ela intentada.

No caso do leilão de palavras, tem-se uma situação bastante distinta: a parte interessada não está indo a Juízo para efetivar a proteção de uma propriedade intelectual, ela está indo a Juízo para convencer o juiz de que a sua marca está sendo usada com efeito parasitário. Não há nada na lei que diga sobre leilão de *internet*. Assim, força-se o Judiciário a entender que um leilão de palavras é uma forma de uso da marca.

Contudo, a marca, repisa-se, não está sendo utilizada aos olhos do consumidor, ela é um indutor para uma resposta ao algoritmo, que tem como objetivo, por meio de uma ação não humana, entender a intenção da busca. A marca faz um mero papel de insígnia, código, uma chave que identificará quem der lances e um vencedor que será exibido, se e somente se o algoritmo entender que o usuário está procurando algo que seja relacionado. O resultado de busca retornará opções, provavelmente o *link* do titular da marca entre elas, mas também poderá trazer *links* de locais onde o usuário pode comprar o produto (lojas, distribuidores, etc.) e, sim, produtos relacionados ou diferentes daquele do titular. É isso que o consumidor quer quando entra em um supermercado, ele quer ver opções. No buscador, ele pode ter várias outras intenções que não somente procurar aquele titular de marca (até porque ele poderia ir diretamente ao seu *site*, sem passar pelo buscador). Limitar essas intenções, como falado, é forçar o Judiciário a interpretar algo não dito em lei, que indiscutivelmente concede uma superproteção e limita a ação de concorrente, não somente na publicidade *online* como

6 “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca” (BRASIL, 2011).

um todo, mas na sua entrada no mercado e na manutenção do poder do agente dominante.

Alega-se que o titular da marca está garantindo, perante o Poder Judiciário, que ela não seja utilizada economicamente, eis que ele é o detentor da proteção, reputação e invenção. Contudo, por trás dessa suposta justificativa, está um titular que deseja pagar menos à ferramenta de busca (já que o leilão tem seu preço aumentado na medida em que várias empresas dão lances) e que pretende convencer o Poder Judiciário a lhe garantir uma exclusividade que a própria proteção da marca não lhe confere.

Desta forma, o titular da marca, ao instar uma resposta judicial, não está fazendo uso de uma faculdade simples de garantir um direito que lhe é seu, mas sim buscando uma interpretação judicial sobre a utilização de uma proteção que lhe foi conferida. Contudo, pelas razões acima expostas, ele busca no Poder Judiciário uma superproteção e, mais do que isso, uma limitação à atuação de um concorrente, que pode constituir uma das hipóteses de exploração abusiva de propriedade intelectual, infração econômica disposta no artigo 36 da lei n. 12.529/2011.

CONCLUSÃO

As decisões judiciais têm reverberado o entendimento de que a utilização da marca como Palavras-chave no leilão das ferramentas de busca seria contrária à LPI. Os juízes, em maioria, têm decidido que a prática seria uma forma de exploração da marca de outrem, apropriando-se indevidamente do prestígio de marca alheia para atrair para si a clientela que não deveria ser sua.

Contudo, as decisões endereçam uma longa discussão de propriedade intelectual, baseada quase que exclusivamente na identificação de um consumidor que poderia ser confundido e de um concorrente que estaria explorando colhendo frutos indevidos do que não lhe pertence. Trata-se de discussão estática, contrária à interpretação dinâmica e funcional da propriedade, dada e desejada pela Constituição Federal.

Pretendeu-se, aqui, trazer luz a uma visão menos privatista do instituto da propriedade, para lembrar de sua função social e da necessidade de sua adequação aos princípios da defesa do consumidor e da livre concorrência, todos eles dispostos no artigo 170 da Constituição Federal. A partir dessa visão, identificando-se as diferenças e características próprias das ferramentas de busca e dos leilões, que não expõem a marca, abre-se os olhos para os efeitos deletérios à competição trazidos pelas recentes limitações identificadas pelo Poder Judiciário.

Impedir que a marca seja usada no leilão é superproteger um titular com um direito que vai além do desejado, ensejando, ao contrário, prejuízo ao consumidor. Este último é privado de opções na publicidade *online*, tão importante para o desenvolvimento atual de negócios, beneficiando-se o competidor já instalado, que em geral detém poder de mercado, e elevando-se barreiras à entrada de novos jogadores no mercado, alijados da competição que se dá na busca imediata do consumidor.

Por fim, buscou-se discutir, do ponto de vista teórico, se a ação do competidor que busca a superproteção no Poder Judiciário poderia ser investigada, pelo Cade, como exploração abusiva de propriedade intelectual. Embora essa discussão não seja tão simples, ela é possível, já que os efeitos são exatamente a restrição à concorrência, a partir de uma ação de um agente econômico que tem como único objetivo excluir rivais, impedir que eles apareçam no resultado e, com isso, causar

prejuízos ao mercado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia para Análise de Concentração Horizontal**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3Ml9x2G>. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51**. Interessados: Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (ANFAPE), Representados: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda, Fiat Automóveis S.A, Ford Motor Company Brasil Ltda. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, 14 de março de 2018. Disponível em: <https://bit.ly/485YpPw>. Acesso em: 30 out. 2023.

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

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, DF: Presidência da República, 1996. Disponível em: <https://bit.ly/3FEj5SG>. Acesso em: 30 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. **Recurso Especial nº 1.105.422/MG (2008/0261426-3)**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, 10 de maio de 2011. Disponível em: <https://bit.ly/4a5f5IS>. Acesso em: 30 out. 2023.

CARVALHO, Nuno Pires de. A propriedade intelectual como fator de diferenciação e o papel fundamental que desempenha para assegurar a livre concorrência. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 968, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3RwMFAs>. Acesso em: 30 out. 2023.

CONSELHO EXECUTIVO DE NORMAS PADRÃO (CENP). Fórum de autorregulação do mercado publicitário. **Cenp-Meios**. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3ulgDZ3>. Acesso em: 31 ago. 2023.

COMPARATO, Fabio Konder. Concorrência Desleal. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 56, n. 375, 1967.

EUROPEAN COMMISSION. Competition DG. **Case at 40428 - Guess**. Brussels: European Commission, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/46Qlwh0>. Acesso em: 30 out. 2023.

GOOGLE. **Sobre o índice de qualidade**. [S. l.], 2023. Disponível em: <https://bit.ly/45WNarg>. Acesso em: 30 out. 2023.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo, Malheiros, 2008.

RODRIGUES JUNIOR, Edson Beas. Reprimindo a concorrência desleal no comércio eletrônico: links patrocinados, estratégias desleais de marketing, motores de busca na Internet e violação aos direitos de marca. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 961, ano 104, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/4ajWuST>. Acesso em: 29 out. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. **Apelação Cível nº 1008545-72.2019.8.26.0100**. Relator: J. B. Franco de Godoi, 25 de agosto de 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3NgYl2e>. Acesso em: 30 out. 2023.



SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial. **Apelação Cível nº 1016104-20.2018.8.26.0196**. Relator: Azuma Nishi, 29 de julho de 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3tRfxKj>. Acesso em: 30 de outubro de 2023.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o funcionamento da União Europeia (versão consolidada)**. Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3pdYPTs>. Acesso em: 30 out. 2023.

VAZ, Isabel. **Direito Econômico das Propriedades**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

7

SEDE DE QUÊ? EFEITOS DA INTERFERÊNCIA POLÍTICA NO SETOR DE SANEAMENTO SOBRE O BEM-ESTAR E A EXPANSÃO DO SISTEMA¹

Thirst for what? Effects of political interference in the sanitation sector on the welfare and expansion of the system

Matheus Sérgio Custódio de Aquino²

Tendências Consultoria – São Paulo /SP, Brasil

Bruno Cesar Aurichio Ledo³

Universidade de São Paulo (FEA-RP/USP) – Ribeirão Preto/SP, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: O Brasil enfrenta, historicamente, um déficit de investimentos no setor de saneamento básico. O serviço representa um caso do que a literatura chama de monopólio natural e pode ser ofertado pelo Estado ou concedido à iniciativa privada. Diante da baixa taxa de cobertura de água e esgoto observada em parcela significativa dos municípios do Brasil e da incapacidade do Estado em atrair investimentos suficientes para o setor propõe-se aqui entender por que mecanismos essa ineficiência pode ser gerada pela interferência de ciclos políticos sobre o processo de decisão regulatória.

Objetivo: Explicar de forma teórica as condições que resultam em uma interferência política sobre o processo regulatório em um contexto de regulação por preços, para uma região que ainda não atingiu a universalização dos serviços. Em um segundo momento, as principais conclusões do modelo são testadas empiricamente, considerando as diferentes características dos prestadores do serviço.

Método: É desenvolvido um modelo teórico estilizado, em que uma agência busca maximizar o bem-estar da sociedade em dois períodos, sendo que entre eles há uma eleição. As conclusões do modelo

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

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

1 **Recebido em:** 20/10/2023 **Aceito em:** 12/12/2023 **Publicado em:** 21/12/2023

2 Mestre em economia pelo programa de mestrado da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto - USP. Graduação em Economia. Universidade de São Paulo, FEA/USP, Brasil. Ano de obtenção: 2019. Foi bolsista do(a): Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, CAPES, Brasil. As opiniões são pessoais e não necessariamente representam a percepção das instituições às quais o autor esteja vinculado

E-mail: lmatheus-sergioaquino@hotmail.com **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/9693070123525114>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1749-5156>

3 Professor Doutor da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade de Ribeirão Preto - USP. Doutorado em Economia. Fundação Getúlio Vargas, FGV, Brasil. Data de obtenção: 2009. Mestrado em Economia. Fundação Getúlio Vargas, FGV, Brasil. Ano de obtenção: 2005. Graduação em Economia. Universidade de São Paulo, USP, Brasil. Ano de obtenção: 2002. Realiza pesquisas na área de microeconomia teórica e aplicada. Principais áreas de interesse são saneamento básico e seguros.

E-mail: bruno@fearp.usp.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/7783656000220969> **ORCID:** <https://orcid.org/0009-0009-7131-9610>



teórica são testadas por meio de um modelo econométrico com dados em painel.

Conclusões: Os resultados encontrados indicam que ciclos eleitorais municipais estão associados, negativamente, aos preços definidos pelos reguladores.

Palavras-chave: regulação; maximização de bem-estar; interferência política; saneamento.

STRUCTURED ABSTRACT

Context: Historically, Brazil has faced a deficit in investments in the basic sanitation sector. The service represents a case of what the literature refers to as a natural monopoly and can be provided by the state or granted to the private sector. Given the low coverage rates of water and sewage services observed in a significant portion of Brazilian municipalities and the state's inability to attract sufficient investments to the sector, this proposal aims to understand through which mechanisms this inefficiency may be generated by the interference of political cycles in the regulatory decision-making process.

Objective: Explaining theoretically the conditions that lead to political interference in the regulatory process within a context of price regulation, for a region that has not yet achieved service universalization. In a subsequent phase, the main conclusions of the model are empirically tested, taking into account the diverse characteristics of service providers.

Method: A stylized theoretical model is developed, in which an agency seeks to maximize societal well-being over two periods, with an election occurring between them. The theoretical model's conclusions are tested using an econometric model with panel data.

Conclusions: The findings indicate that municipal election cycles are negatively associated with prices set by regulators.

Keywords: regulation; well-being maximization; political interference; sanitation.

Classificação JEL: L51; D42; D72; D86.

Sumário: 1. Introdução; 2. Revisão de Literatura; 3. Modelo Teórico 4. Dados e Evidência Empírica; 5. Considerações Finais; Referências; Apêndice A – Provas do Modelo.

1. INTRODUÇÃO

O setor de saneamento básico corresponde a um exemplo do que a literatura econômica define como monopólio natural. Nesse sentido, o setor demanda por parte do Estado uma escolha entre a operação direta do sistema e a concessão desses serviços. Na hipótese em que opta pela concessão, o Estado desenvolve mecanismos e instituições que regulam as atividades do serviço oferecido, objetivando, a priori, a maximização do bem-estar da sociedade.

Investimentos em saneamento geram diversos efeitos positivos para o bem-estar da sociedade, como a redução da mortalidade infantil e de doenças gastrointestinais associadas à contaminação da água. Galiani, Gertler e Schargrodsky (2005), encontraram evidências para a Argentina de que áreas

nas quais a rede de saneamento foi privatizada registraram quedas significativas na mortalidade infantil. No caso do Brasil Gamper-Rabindran, Khan e Timmins (2010) apresentam evidências de como o acesso à água encanada pode reduzir a mortalidade infantil. Ambos os trabalhos reforçam meios pelos quais o acesso a saneamento básico pode afetar o bem-estar da população atendida.

Em julho de 2020 o Congresso Brasileiro aprovou o Novo Marco do saneamento, o qual modificou o arcabouço regulatório do setor e estabeleceu uma meta de 99% de acesso da população aos serviços de água e 90% de coleta e tratamento de esgoto até 2033. No entanto, algumas questões ainda impedem que exista entre os agentes desse mercado confiança no sucesso do país em atingir as metas estabelecidas, em especial a capacidade de atrair recursos em montantes suficientes para a realização dos investimentos previstos. Amann et al. (2016) estudam a questão histórica do subinvestimento do setor privado em infraestrutura no Brasil, inclusive no setor de saneamento, e atribuem como principal causa a deficiência na implantação de políticas regulatórias.

Este artigo busca contribuir com essa literatura a partir da construção de um modelo teórico que analisa o impacto da interferência de ciclos políticos, como em Moita e Paiva (2013), sobre a decisão de preço regulado definido por uma agência. Para isso, considera-se a existência de dois períodos de tempo, sendo que entre o primeiro e o segundo período ocorrem as eleições.

Adicionalmente, o modelo considera que existe a necessidade de investimentos no setor, como no modelo de Evans, Levine e Trillas (2008). No entanto, assume-se que a decisão de preços do primeiro período não é alterada no período seguinte. Com base no modelo é obtida uma regra de precificação para os serviços de saneamento diante da demanda por investimentos para a expansão da rede.

No cenário em que se considera a influência dos ciclos políticos os resultados encontrados indicam que a interferência na atividade regulatória pode comprometer a capacidade das firmas de alcançarem a universalização do sistema. Tais resultados teóricos estão alinhados a um exercício empírico realizado com dados de agências brasileiras de saneamento.

2. REVISÃO DE LITERATURA

O problema da captura de uma agência reguladora por grupos de interesse é apresentado por Stigler (1971) e formalizado por Peltzman (1976). Stigler (1971) indica como desafio para a teoria econômica a definição de quais agentes devem ser afetados pela regulação. É então desenvolvido o conceito de oferta e demanda pela regulação. Peltzman (1976) considera a distribuição de riqueza decorrente dessa intervenção como uma *commodity* desse mercado. Além disso, destaca que os políticos têm como objetivo maximizar o retorno decorrente da dinâmica regulatória. Assim, formaliza os canais pelos quais o resultado do processo regulatório pode afetar a probabilidade de reeleição. Baron (1988) estende essa análise demonstrando que eventuais ineficiências regulatórias podem ser atribuídas a decisões políticas, mesmo no caso em que exista a delegação de decisões para agências independentes, dado que interesses políticos podem interferir nos objetivos definidos *ex-ante* para as agências.

Surge a partir dessa literatura, uma tentativa de formalizar como a interferência ocorre ao longo do processo regulatório. Laffont e Tirole (1991) utilizam um *framework* de agente-principal que considera o problema de captura e colusão num contexto de 3 níveis hierárquicos: um grupo



político, uma agência reguladora e as firmas. O governo enfrenta um *trade-off* entre capturar a renda ou incentivar as firmas a reduzirem seus custos. Como apresentado por Tirole (1986), existe a possibilidade de colusão entre duas das partes envolvidas no processo. Martimort (1999) estende essa análise para mais períodos, a partir de uma lógica de jogos repetidos e investiga como numa relação de longo prazo as agências podem deixar de se comportar de forma eficiente. Conclui assim que o papel dos formuladores de política é também trabalhar no desenho de instituições regulatórias que representem maior resistência à captura.

Neste artigo busca-se entender como decisões regulatórias motivadas por interesses políticos podem afetar a realização de investimentos, no contexto de uma regulação por preços. Uma das explicações da teoria econômica é a inconsistência temporal dos agentes políticos, que tomam decisões motivados por resultados de curto prazo, em particular a busca pela reeleição.

Lewis e Sappington (1991) apresentam um modelo de dois períodos em que um regulador maximiza a utilidade apenas dos usuários que vivem durante seu mandato. No caso em que os usuários do primeiro período não usufruem o suficiente do investimento, mesmo sob uma regulação ótima, o modelo prediz que o nível de investimentos fica abaixo daquele socialmente desejado. Lim e Yurukoglu (2018) estudam o caso em que os formuladores de política sofrem de uma incapacidade em comprometer-se com compromissos de longo prazo. A partir da formulação de um jogo dinâmico com horizonte infinito, entre um regulador e uma distribuidora de energia elétrica, busca-se capturar tais efeitos. Conclui-se que o problema de inconsistência temporal leva a um investimento abaixo do ótimo no setor. Os autores encontram evidência empírica dessas conclusões no setor de energia elétrica dos EUA.

Os efeitos da inconsistência temporal sobre decisões regulatórias são reforçados por Alesina e Tabellini (2008). As conclusões dos autores indicam que políticas afetadas por esses efeitos, ou pressões de curto-prazo, devem ser delegadas a burocratas.

A literatura empírica confirma que a influência política pode afetar a realização de investimentos em setores regulados. Cambini e Rondi (2017) apresentam evidências para a União Europeia de que a interação entre agências e grupos políticos gera efeitos negativos sobre decisões de investimento das firmas. No caso brasileiro, Silva (2011) usando um modelo de dados em painel com efeitos aleatórios encontrou evidências de interferência política nas agências reguladoras brasileiras após as privatizações dos anos 90.

O modelo desenvolvido utiliza um instrumental semelhante ao de Barreto (2019), ao mensurar o bem-estar social por meio de uma medida de excedente e aproxima-se da análise realizada por Evans, Levine e Trillas (2008). Os autores investigam como o problema da inconsistência temporal na regulação de preços em setores com alta demanda por investimentos pode levar a um quadro de subinvestimento. Diferente da análise apresentada por Laffont e Tirole (1993), a eficiência das firmas é observada e não existe seleção adversa. Neste artigo considera-se que o regulador é capaz de desenhar uma tarifa que permite à firma realizar o nível de investimento desejado.

No entanto, no modelo de Evans, Levine e Trillas (2008) a interferência se dá após a realização dos investimentos, com uma dificuldade dos políticos em manter os preços acordados no período inicial. O modelo teórico deste artigo estuda como os efeitos da preocupação de políticos com sua reeleição influenciam decisões regulatórias, afetando assim a dinâmica dos preços antes dos investimentos, como em Moita e Paiva (2013), no qual os autores utilizam elementos da literatura

de *business cycle*, e de teoria da regulação. Será adicionada ao modelo uma dimensão associada à demanda por investimentos em um mercado regulado. Assim, preços mais baixos, influenciados pelo ciclo eleitoral, podem inviabilizar a realização de investimentos pelas firmas no período seguinte.

A literatura de regulação econômica de infraestrutura faz uma distinção importante no modo como a atividade regulatória pode se organizar. Gómez-Ibáñez (2003) aponta que no caso da regulação discricionária, o regulador tem a função de determinar e fiscalizar todos os aspectos dos serviços prestados (tarifas, investimentos, qualidade, entre outros). Já no caso da regulação contratual – que é precedida de um processo de concorrência para a contratação – as funções do regulador se limitam ao que é previsto em contrato. Embora possa haver uma sobreposição entre essas duas formas de regulação, o modelo desenvolvido está mais associado aos problemas ligados com a regulação discricionária, que representa a maior parte dos prestadores de saneamento no Brasil. No entanto, ainda pode ser aplicado ao segundo caso, desde que os parâmetros estudados estejam previstos no contrato.

3. MODELO TEÓRICO

Neste artigo, será desenvolvido um modelo teórico que contém elementos associados à literatura de regulação dinâmica (como, por exemplo, em Laffont e Tirole (1993)). Nesse sentido, o modelo possui dois períodos. Antes do primeiro período é definida uma meta de investimento a ser cumprida pelas firmas, que aceitam o contrato desenhado com uma tarifa, que respeita a sua restrição de participação, para o nível de serviço e de investimento desejado.

Entre o primeiro e o segundo período são realizadas eleições, em que os eleitores, levando em conta o preço praticado na sua decisão de voto, escolhem entre um incumbente buscando a reeleição e um grupo político de oposição. Por fim, no segundo período é praticada a mesma tarifa acordada antes do primeiro período. Desse modo, na hipótese em que exista a interferência política o preço é afetado ao longo dos dois períodos.

3.1 Caso sem interferência política

Iniciamos o problema com uma agência reguladora de saneamento que busca maximizar o bem-estar dos usuários ao longo de dois períodos de tempo. A demanda para um usuário i é dada por:

$$q_i = q(p) \quad (1)$$

Assim, assume-se que na região de atuação da agência há homogeneidade entre os usuários e a demanda total será dada por:

$$Q(n, p) = \sum_{i=1}^n q_i = nq(p) \quad (3)$$

Em que n corresponde ao total dos usuários da região com acesso ao serviço. Desse modo, definindo N como o nível correspondente à universalização do sistema, para um determinado



período t a razão $\frac{n_t}{N}$ corresponde à parcela de usuários com acesso ao serviço. Por hipótese, assume-se que no período t a rede de serviço não atende à totalidade da população, ou seja $n_t < N$. Note que n_t é dado no início do contrato.

Em $t=1$ a agência desenha um contrato no qual é estabelecida uma tarifa-teto vigente para os dois períodos em que a firma atua além de uma meta de expansão da rede que corresponde ao montante de investimentos a ser realizado pela firma regulada no período 1.

Uma hipótese importante é que não existem problemas informacionais para a agência, sendo assim o regulador possui informação completa sobre os custos da firma e sua função de produção, como em Evans, Levine e Trillas (2008). Assume-se ainda que a agência considera apenas o bem-estar dos usuários.⁴

Irá se considerar que os usuários possuem uma demanda inversa dada por $p(q)$. O regulador busca maximizar o excedente líquido do consumidor em cada período t , onde $S(Q_t) = \int_0^{q_t} n_t p(s) ds$ corresponde ao excedente bruto.

A agência pode sofrer interferência de um político incumbente preocupado com sua reeleição, nesse caso a decisão de preço pode ser afetada também por preocupações eleitorais. A função de bem-estar considerada pela agência será dada por:

$$W(Q_1, Q_2) = S(Q_1) - pQ_1 + \beta(S(Q_2) - pQ_2) - pQ_2 + \sigma R(p) \quad (3)$$

Em que $\beta \in (0,1)$ corresponde à taxa de desconto intertemporal dos usuários.

Denote o investimento realizado pela firma para cada unidade adicional de atendimento como r . Temos que $n_2 = n_1 + \Delta n$, em que $\Delta n \geq 0$. Na equação (3), o grau de interferência política é medido pelo parâmetro σ . No caso de uma agência independente, ou seja, que não considera interesses eleitorais nas suas decisões temos $\sigma = 0$. A função $R(p)$ incorpora o efeito das chances de reeleição do incumbente sobre a utilidade do regulador.

A função $R(p)$ representa assim o ganho de utilidade que o regulador auferir na hipótese em que o político incumbente é reeleito. Pode-se interpretar esse ganho como um benefício monetário que o regulador obtém caso o grupo político que o nomeou se mantenha no poder. Esse ganho pode advir dos montantes recebidos pela manutenção no cargo, ou mesmo por uma eventual promoção. Observa-se, contudo, que esse ganho é função direta da chance de reeleição do incumbente. À medida que o aumento no preço dos serviços regulados reduz a utilidade dos indivíduos atendidos, ele também diminui a chance de reeleição do político incumbente, ou seja:

$$\frac{dR(p)}{dq} > 0 \quad (4)$$

Dado que a realização de investimentos se dá a partir do markup que a firma auferir, temos por hipótese ainda que:

$$\frac{dR(p)}{dn_2} < 0 \quad (5)$$

⁴ Ver (ARMSTRONG; SAPPINGTON, 2007) para detalhes do caso mais geral.

Ao aceitar o contrato proposto pela agência, a firma também assume a realização de um montante de investimentos. Assim, no primeiro período a firma tem de disponibilizar um montante $r \times \Delta n$ para a realização do investimento estabelecido pelo contrato, além de receber uma receita associada à quantidade já atendida pelo sistema e incorrer num custo variável c por ligação já existente. No período 2, a firma auferir uma receita associada à quantidade $n_2 = n_1 + \Delta n$, ou seja, também é remunerada pelas novas ligações implantadas entre os dois períodos.

Assim, para que a firma aceite o contrato oferecido pelo regulador, o valor descontado das receitas auferidas nos dois períodos a partir da tarifa-teto estabelecida, deve cobrir os custos incorridos nos períodos 1 e 2, bem como o investimento realizado no primeiro período. Logo a condição de participação da firma no contrato é dada por⁵:

$$\Pi = pQ_1 - cQ_1 - r \times \Delta n + \beta [pQ_2 - cQ_2] \geq 0 \quad (6)$$

Como já destacado, uma hipótese assumida no modelo é que há uma parcela dos usuários no período 1 que não é atendida pelo serviço, sendo necessário que o sistema passe por uma expansão ao longo do período 1. Assim, ao desenhar o contrato o regulador estabelece um montante de investimentos a ser realizado pela firma. Ou seja, do ponto de vista da firma a decisão de investimento é exógena. Nesse sentido, pelo menos em tese, o montante de investimentos no início do contrato já é estabelecido legalmente atualmente. Dessa forma, ao aceitar o contrato oferecido pelo regulador, a firma regulada também aceita a expansão da rede aos níveis contratuais.

Portanto, para que a solução do problema atenda à restrição de participação da firma, é necessário que a receita auferida pela firma seja suficiente também para a realização dos investimentos. Como a firma considera o lucro dos dois períodos ao aceitar ou não o contrato oferecido pelo regulador, o modelo considera uma taxa de desconto para os lucros da firma no segundo período. Denote essa taxa também por $\beta > 0$ ⁶.

Temos que o problema do regulador, sujeito à restrição de participação da firma passa a ser dado no caso sem interferência por:

$$\begin{aligned} \text{Max}_{\{q, n_2\}} W(Q_1, Q_2) &= S(Q_1) - pQ_1 + \beta [S(Q_2) - pQ_2] \\ &\quad (7) \\ \text{s. a. } pQ_1 - cQ_1 - r \Delta N + \beta (pQ_2 - cQ_2) &\geq 0 \\ q_i \geq 0, n_1 > 0 \text{ e } n_2 \geq n_1 & \end{aligned}$$

Proposição 1 *No caso sem interferência política (ou seja, para 0), a restrição da firma é sempre ativa no ótimo. Para qualquer meta de investimento, que resulte em $n_2 \geq n_1$ o regulador permite à firma operar com markup de acordo com uma regra de apreçamento de Ramsey: $\frac{p(q^d) - c}{p(q^d)} = \frac{\lambda - 1}{\lambda \eta}$ (em que*

5 Note que nesse caso a utilidade de reserva da firma, U , é considerada como equivalente a 0.

6 No arcabouço regulatório brasileiro de saneamento, essa parece uma premissa razoável, uma vez que o próprio regulador é quem define a taxa de remuneração adequada para as firmas no caso da regulação discricionária, imensa maioria dos contratos vigentes.

η é corresponde à elasticidade-preço dos consumidores e λ equivale ao multiplicador de Lagrange).

A prova desse resultado está no Apêndice A. Nota-se que mesmo em um cenário sem interferência política, é permitido que a firma opere com um markup, que reduz a quantidade consumida pelos indivíduos que já estão sistema no período 1, em relação ao cenário sem expansão da rede. Isso ocorre a fim de viabilizar os investimentos realizados pela firma. Desse modo, a firma obtém um lucro grande o suficiente para viabilizar seus investimentos, embora o regulador não deixe nenhuma renda para a firma. Observa-se que esse markup é inversamente proporcional à elasticidade dos consumidores dessa população, logo, o montante de investimentos viabilizado pelas tarifas praticadas também varia em função desse parâmetro.

3.1.1 Caso Linear

Seja uma demanda linear para cada usuário do sistema em um período de tempo $t \in \{1, 2\}$ dada por:

$$p(q_t) = a - bq_t \quad (8)$$

Inicialmente, assume-se que a tarifa cobrada vale para os dois períodos, ou seja $p_1 = p_2 = p$. Isso vale, uma vez que essa tarifa deve remunerar todo o período de contrato. Logo, tem-se que:

$$a - bq_1 = a - bq_2 \Rightarrow q_1 = q_2 \quad (9)$$

Com base na Proposição 1 temos que o problema da firma é dado por:

$$\Pi = pQ_1 - cQ_1 - r \times \Delta n + \beta(pQ_2 - cQ_2) = 0$$

Logo:

$$\begin{aligned} &\Rightarrow (p - c)q(n_1 + \beta n_2) = r \times \Delta n \\ &\Rightarrow p = c + \frac{r \times \Delta n}{q(n_1 + \beta n_2)} \quad (10) \end{aligned}$$

Usando as equações (8) e (10) encontramos que a demanda ótima do caso linear (q^l) será dada por:

$$q^l = \frac{(a-c) + \sqrt{(a-c)^2 - \frac{4br \times \Delta n}{n_1 + \beta n_2}}}{2b} \quad (11)$$

Nota-se que os usuários que já fazem parte do sistema no primeiro período, ficam numa situação pior na presença de qualquer nível de investimento, quando analisada somente a utilidade que eles obtém a partir do consumo de água. De fato, seja q^* o consumo dos indivíduos na ausência de qualquer investimento, logo $n_2 = n_1$. Segue da equação (10) que $p = c$, e da equação (11) que $q^* = \frac{a-c}{b} > q^1$. Ou seja, a quantidade consumida por indivíduo nos dois períodos é menor para qualquer nível de investimento em relação ao cenário em que não ocorre a expansão da rede.

3.1.2 Caso de uma firma com função de produção quadrática

Até aqui assumiu-se que a firma possui uma função de produção linear, ou seja, para atingir um número de cobertura n_2 é necessário incorrer em um gasto dado por $r \times (n_2 - n_1)$. No exemplo apresentado a seguir irá se assumir que a firma agora possui uma função de produção quadrática, ou seja, o montante de investimentos que resulta em um número de ligações n_2 corresponde a $r \times (n_2 - n_1)^2$. Nesse caso, considerando as condições de otimalidade do problema do regulador obtém-se o seguinte resultado:

Corolário 1 *No caso sem interferência política em que a firma regulada apresenta uma função de produção quadrática, a quantidade ótima definida pelo regulador para o segundo período é dada por:*

$$n_2^* = n_1 + \frac{\beta[(S(q) - p(q)q) + \lambda(p(q)q - cq)]}{2\lambda r} \quad (12)$$

Nota-se que a quantidade atendida no segundo período é menor à medida em que r aumenta, ou seja, que o custo por indivíduo adicional na rede cresce. Da mesma forma, o investimento será crescente em função da taxa de desconto da economia, ou seja, quanto mais o regulador valorizar o consumo segundo período em relação ao primeiro.

3.2 Efeitos da interferência política

Como demonstrado na equação (3), no caso em que o parâmetro $\sigma > 0$, a agência passa a considerar no seu problema de maximização as chances de reeleição do político incumbente, que passa a ter influência sobre a decisão de preço da agência. O problema do regulador sujeito à condição de participação da firma passa a ser dado então por:

$$\underset{\{q, n_2\}}{\text{Max}} W(Q_1, Q_2) = S(Q_1) - pQ_1 + \beta[S(Q_2) - pQ_2] + \sigma R(p) \quad (13)$$

$$\text{s.a. } pQ_1 - cQ_1 - r\Delta N + \beta(pQ_2 - cQ_2) \geq 0$$

O seguinte resultado vale para o caso com interferência:

Proposição 2 *No caso com interferência política $\sigma > 0$, a restrição da firma é sempre ativa no ótimo. Para qualquer meta de investimento, que resulte em $n_2 > n_1$, o regulador permite à firma operar com mark-up de acordo com a regra dada por $\frac{\lambda - 1}{\lambda} - \frac{dR}{dq} \frac{1}{p(q)[n_2 + \beta n_2]} = \frac{p(d) - c}{p(q)}$.*

Note que $\frac{dR}{dq} > 0$. Assim, conclui-se que a regra de preço no caso com interferência política gera um markup menor em relação ao caso base (em que $\sigma > 0$). Esse markup será menor sempre que $\sigma > 0$. Ou seja, tudo o mais constante a presença de interferência política na economia resulta em preços menores.

3.2.1 Caso de uma firma com função de produção quadrática

Novamente, se estuda o caso uma função de produção quadrática, porém com a presença de



interferência política para obter o tamanho da rede escolhida pelo regulador para o segundo período (n_2):

Corolário 2 *No caso em que há interferência política sobre a agência e que a firma regulada apresenta uma função de produção quadrática, a quantidade ótima definida pelo regulador para o segundo período é dada por:*

$$n_2^R = n_1 + \frac{\beta[(S(q) - p(q)q) + \lambda(p(q)q - cq)]}{2\lambda r} + \frac{dR}{dn_2} \frac{1}{2\lambda r} \quad (14)$$

Calculando a diferença entre a quantidade ótima encontrada no Corolário 2 (n^R) e a quantidade apresentada no Corolário 1, conclui-se que as quantidades ótimas do caso com interferência política são menores uma vez que. Logo, a interferência política pode aferir negativamente a realização de investimentos.

4. DADOS E EVIDÊNCIA EMPÍRICA

Com o objetivo de testar algumas das predições que podem ser obtidas do modelo, foi construída uma base de dados contendo informações sobre os reajustes anuais aplicados no Brasil no setor de saneamento (para os serviços de água, esgoto ou ambos) entre 2002 e 2021.

A Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), reconhece 88 agências infranacionais de saneamento, sendo 46 delas municipais, 26 estaduais e 16 intermunicipais. A partir dessa relação foi possível identificar nos sites de cada uma das agências os percentuais de reajuste aplicados mediante a leitura das resoluções normativas emitidas pelas agências. A partir da leitura desses documentos também foi possível identificar em quais dos anos analisados foram realizadas revisões ordinárias dos contratos mantidos pelas empresas de saneamento. Nesses anos foi incluída uma variável dummy ("Revisão") e atribuído o valor 1. O controle dos anos em que aconteceram revisões é importante, uma vez que além dos reajustes visando recompôr os preços dos serviços, nessas ocasiões também acontece a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de saneamento.

Observa-se que o painel construído não constitui um painel balanceado. A primeira observação de cada empresa regulada foi considerada como sendo a data de reajuste mais antiga localizada. Além disso, mesmo após a entrada da base, não foi possível encontrar informações sobre tais empresas reguladas para todos os períodos seguintes. No entanto, nos casos em que os reajustes aplicados às empresas foram separados por um intervalo maior que um ano, as agências reguladoras foram contatadas, com o objetivo de confirmar que as tarifas permaneceram sem reajuste. Nos casos em que não foi obtida nenhuma resposta, assumiu-se que a tarifa não foi reajustada, ou seja, o percentual registrado na base foi de 0%.

Na base de dados construída também foram incluídas informações socioeconômicas como o tamanho da população dos municípios e o PIB de cada uma das cidades, ambas informações obtidas no site do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Foram também adicionadas variáveis a respeito da abrangência dos serviços de água e esgoto nos municípios, obtidas na base de dados do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS). A taxa de cobertura de água e esgoto, como percentual da população de cada município, foi construída utilizando a razão entre as

variáveis "População total atendida com abastecimento de água"⁷ e "População total atendida com esgotamento sanitário"⁸ pela população total dos municípios extraída do IBGE.

Tabela 1 – Estatísticas descritivas da amostra

Variáveis	N	Média	Desvio Padrão	Mínimo	Máximo
População	1.142	490.217	1.474.066	2.884	12.396.372
Reajuste	1.142	0,06	0,064	-0,043	-0,661
Reajuste_Real	1.142	0,005	0,060	-0,107	0,634
Taxa_de_cobertura (água)	1.118	0,918	0,127	0,089	1,000
Taxa_de_cobertura (esgoto)	983	0,753	0,273	0,006	1,000
PIB Municipal (per capita)	1.141	41.755	31,127	7,047	367.505

Fonte: IBGE, SNIS e sites das agências reguladoras. Elaboração: Própria

Além das informações socioeconômicas de cada município, foram ainda incluídas variáveis dummy indicando a área de atuação das agências reguladoras (municipais, intermunicipais ou estaduais), sendo a maioria (633) intermunicipais.

4.1 Evidências do modelo teórico

Nesta seção busca-se testar algumas das predições que podem ser obtidas a partir do modelo teórico apresentado na Seção 3. Os resultados da Proposição 2 indicam que na presença de interferência política, o markup permitido pelo regulador às formas fica abaixo daquele que seria observado na ausência da influência do ciclo eleitoral sobre as atividades das empresas de saneamento. Essa interferência será mais forte à medida em que o parâmetro σ for mais positivo, ou seja, que o grau de interferência do político seja maior.

Nesse sentido, dado que o político busca sua reeleição, que também pode ser enxergada como a manutenção do seu grupo político no poder, espera-se que em anos eleitorais, haja um maior incentivo para a interferência política sobre a decisão de preço das agências reguladoras. Considerando que a tarifa dos serviços de saneamento remunera os custos incorridos pela firma (fixos e variáveis), para que elas mantenham sua capacidade de expandir o sistema, é necessário que a cada período as tarifas pelo menos sejam mantidas, em termos reais. Desse modo, caso os agentes políticos interfiram na regulação do sistema, visando objetivos eleitorais, isso se refletirá, nos contratos vigentes, em reajustes reais negativos. Dessa conclusão, formula-se a seguinte hipótese:

Hipótese 1 Em anos eleitorais, o grau de interferência dos políticos (σ) é mais alto sobre a atividade das agências reguladoras. Como resultado, as tarifas praticadas diminuem, em termos reais.

Com o objetivo de testar a Hipótese 1, foi criada uma variável dummy para a realização de eleições estaduais, que atribui o valor 1 em anos de eleições estaduais e 0 caso contrário. Da mesma

7 Variável AG001 da base "Informações de água" do SNIS

8 Variável ES001" da base Informações de esgotos" do SNIS.



forma, foi criada uma variável dummy para a realização de eleições municipais, que atribui o valor 1 em anos de eleições estaduais e 0 nos demais anos. Nos exercícios que serão apresentados a seguir, essas variáveis serão incluídas como variáveis explicativas dos valores associados aos reajustes reais.

Uma primeira estimativa a partir da base construída, foi a comparação das médias de reajustes reais (reajustes nominais descontados do Índice de Preços ao Consumidor Amplo IPCA) nos anos eleitorais em relação aos demais períodos de observação. A tabela a seguir apresenta os resultados encontrados:

Tabela 2 – Comparação entre médias dos reajustes reais nos períodos presentes na amostra

Variáveis	Média	Observações
Anos de eleições estaduais	0,0075	227
Anos de eleições municipais	-0,0049	302
Anos não eleitorais	0,0081	613

Fonte: Elaboração própria.

Uma vez que um reajuste real nulo representa a manutenção da capacidade de investimento das firmas, criou-se uma nova variável, denominada "variação real", que cor-responde à seguinte equação:

$$\text{variação real} = \frac{\text{reajuste}_t}{\text{IPCA}_t} - 1 \quad (15)$$

Logo, em um cenário em que o reajuste nominal aplicado à firma é equivalente ao IPCA observado e, portanto, a capacidade da firma de realizar investimentos se mantém em termos reais a variável assume o valor 0. Desse modo, o modelo estimado pode ser escrito da seguinte forma:

$$\text{variação real}_{it} = \text{eleições}'\beta + \text{cobertura}'\gamma + x'\delta + \alpha_i + \epsilon_{it} \quad (16)$$

O vetor *eleições* corresponde às variáveis dummy *eleições estaduais_{it}* e *eleições municipais_{it}* para cada município (*i*) e período (*t*). Analogamente, o vetor *cobertura* equivale às variáveis *cobertura de água_{it}* e *cobertura de esgoto_{it}*, que representam as taxas de cobertura dos serviços de cada município anualmente, de acordo com os dados do SNIS.

O vetor *x* por sua vez corresponde ao conjunto de variáveis socioeconômicas de cada município (PIB municipal, tamanho da população), uma dummy para o ano de 2020, que corresponde aos meses após o início da pandemia de COVID-19 e um conjunto de variáveis específicas do setor.

A primeira delas é uma dummy que assume 1 nos anos em que é realizada a revisão dos contratos de concessão. Já a segunda variável atribui o valor 1 após o mês de julho de 2020, data de aprovação do Novo Marco do Saneamento, e busca captar mudanças institucionais do novo arcabouço regulatório. É incluída também uma variável dummy que indica a natureza da participação acionária da empresa de saneamento, e assume o valor 1 no caso em que as empresas são estatais e 0 caso se tratem de empresas mistas e privadas.

Por fim o componente α_i corresponde aos efeitos específicos de cada município (fixos ou

aleatórios). Foram estimadas diferentes especificações para o modelo incluindo os demais controles do painel. A seguir são apresentados os resultados:

Tabela 3 – Resultados das diferentes especificações do modelo com controles

	Variável Dependente		
	Variação_real		
	(Pooled)	(EF)	(EA)
eleicoes_municipais	-0,281** (0,119)	-0,243** (0,120)	-0,278** (0,118)
eleicoes_municipais	-0,165 (0,110)	-0,185* (0,110)	-0,167 (0,109)
atend_agua	-2,078*** (0,0498)	-2,101* (1,082)	-2,112*** (0,518)
atend_esgoto	0,094 (0,169)	0,136 (0,611)	0,095 (0,178)
Constante	2,245** (0,119)		2,290** (0,461)
Observações	983	983	983
R2	0,087	0,092	0,087
R2 Ajustado	0,077	-0,086	0,078
Estatística F	9,231*** (df=10; 972)	9,264*** (df=10; 981)	92,292***

Note: *p<0.1; **p<0.05; ***p<0.01

Fonte: Elaboração própria.

Em todas as especificações do modelo, o efeito das eleições municipais sobre a variação real das tarifas é negativa e estatisticamente significativa ao nível de 5%. Esses resultados vão na direção favorável à Hipótese 1. A realização de eleições municipais apresentam um impacto negativo sobre as variações reais das tarifas, confirmando a predição do modelo de que interferência política afeta a tarifa negativamente.

Da mesma forma, o impacto do coeficiente associado à cobertura de água é negativo e estatisticamente significativo (pelo menos ao nível de 10%). Esse é um resultado que vai na direção de alguns pressupostos do modelo: quanto maior o tamanho da cobertura, menor a variação real da tarifa necessária para alcançar a universalização. Além disso, taxas de cobertura elevadas implicam em um número maior de indivíduos afetados pela política regulatória no primeiro período, o que aumenta os incentivos do político para interferir sobre os preços praticados.

No caso das eleições estaduais, os coeficientes encontrados vão na direção prevista pelo modelo em todas as especificações (é negativo), porém, é estatisticamente significativo, ao nível de 10%, somente no modelo com efeitos fixos. A fim de testar o modelo mais adequado para essas estimações, foi realizado o teste de Hausman com os resultados dos modelos de efeitos fixos e de efeitos aleatórios. O p-valor obtido no cálculo do teste foi de 0,003, ou seja, não rejeita-se a hipótese nula, o que indica que o modelo de efeitos fixos é o mais adequado para essas estimações.



4.2 Considerações sobre os resultados encontrados

Os resultados encontrados na seção 4.1 indicam que os ciclos eleitorais dos municípios estão negativamente associados aos preços praticados pelos serviços de saneamento básico, para todas as especificações do modelo consideradas. No caso da interferência política no nível estadual, foram encontrados resultados estatisticamente significantes, ao nível de 10%, somente no caso do modelo com efeitos fixos. Esse resultado, é relevante uma vez que no Brasil os municípios são os responsáveis pela titularidade dos serviços de saneamento, portanto, são eles que possuem competência para concretizar a interferência na atividade regulatória. Além disso apenas 361 observações da amostra obtida (aproximadamente 27% do total) são reguladas por agências que atuam no nível estadual. Logo, a maioria das observações de fato estão sob a regulação de agências municipais ou intermunicipais que ficam na esfera de influência dos prefeitos dos municípios regulados.

Outro aspecto importante sobre os resultados, é que se espera que a amostra construída apresente um viés importante: apenas municípios que realizaram reajustes em pelo menos um dos anos analisados estão presentes na amostra, logo, municípios em que a interferência política seja suficientemente grande (parâmetro σ da Proposição 3 muito elevados) sequer aparecem na base, pois não realizaram nenhum reajuste ao longo dos anos estudados. Nesse sentido, o fato de as estimações apresentarem resultados estatisticamente significativos é relevante, uma vez que o viés de seleção indicado tende a subestimar os coeficientes associados à eleições.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho foram estudados os efeitos de uma interferência política em agências reguladoras de saneamento, que definem além da tarifa praticada pelas firmas uma meta de expansão para a taxa de cobertura dos serviços prestados.

Para esse fim, utilizou-se um modelo estilizado em que uma agência busca maximizar o bem-estar da sociedade em dois períodos, sendo que entre eles há uma eleição. No modelo sem interferência política, demonstrou-se que o regulador permite à firma operar com uma regra de apreçamento de Ramsey, na qual o markup é grande o suficiente para que a firma realize os investimentos definidos pelo regulador. No caso em que os indivíduos possuem uma demanda linear, mostrou-se que a expansão da rede, financiada por consumidores que já estão no sistema representa uma queda na utilidade dessas pessoas em relação a um cenário sem investimento. Desse modo, é possível identificar um *trade-off* resultante da realização dos investimentos: a queda de utilidade dos usuários originais do sistema pode ou não ser compensada pela entrada de novos usuários. Essa conclusão indica que mesmo em um cenário sem interferência política a sociedade pode se distanciar da universalização dos serviços caso a perda de bem-estar resultante do aumento de preços seja menor que o ganho de bem-estar ocasionado pela entrada dos novos usuários, como fica claro na derivação da quantidade ótima escolhida pelo regulador.

No cenário em que o parâmetro de interferência política (σ) é estritamente positivo, o regulador passa a considerar o ganho obtido com a manutenção do incumbente no poder no seu problema de maximização. Os resultados do modelo formalizam o mecanismo pelo qual a influência dos ciclos políticos sobre a atividade regulatória podem afetar a realização de investimentos em

setores regulados, em especial no saneamento. As tarifas menores, resultantes da incorporação do objetivo de reeleição à função objetivo do regulador, diminuem a capacidade da firma de realizar quantidades ótimas de investimento.

A principal contribuição deste trabalho, sob o aspecto teórico é adicionar o componente de decisão associado à realização de investimentos ao problema de interferência dos ciclos políticos sobre a decisão de preços regulados, apresentado por Moita e Paiva (2013). O modelo não é capaz de explicar, no entanto, o comportamento da regra de precificação na presença de heterogeneidade entre os usuários, o que pode trazer complexidade a esse estudo. Além disso, no caso do cenário com interferência, pode-se estender a análise para o caso em que a firma age estrategicamente.

Com base nos resultados do modelo teórico, a Seção 4.1 apresenta o teste de uma hipótese formulada a partir da Proposição 3. Foi construído um painel com informações a respeito dos reajustes praticados por agências reguladoras de saneamento em diversos municípios brasileiros. Nessas estimações buscou-se avaliar se em anos eleitorais a variação real das tarifas definidas pelos reguladores é negativa (o que reduz a capacidade das firmas de executarem investimentos). Os resultados para diferentes especificações do modelo econométrico indicam que há uma relação negativa entre as eleições municipais e as tarifas praticadas, em qualquer especificação do modelo utilizada.

Há considerações importantes sobre a base construída: espera-se que municípios com maior interferência política sequer pratiquem reajustes na tarifa e, portanto, não os tenham presentes na amostra. Os resultados devem ser avaliados à luz do viés resultante da ausência desses municípios. Porém, tal viés tem o potencial de intensificar os resultados encontrados. Possíveis extensões da análise incluem a estimativa de parâmetros estruturais do modelo teórico.

Uma limitação importante deste trabalho está associada ao fato de que o processo de interação entre a firma regulada e a agência reguladora não é precedido de uma licitação. Caso houvesse tal etapa de competição prévia é possível que se apresentassem barreiras adicionais à captura regulatória. Esse aspecto pode ser explorado no futuro em um modelo teórico com mais períodos.

REFERÊNCIAS

ALESINA, Alberto; TABELLINI, Guido. Bureaucrats or politicians? part ii: Multiple policy tasks. **Journal of Public Economics**, [S. l.], v. 92, n. 3-4, p. 426-447, 2008.

AMANN, Edmund et al. Infrastructure and its role in brazil's development process. **The Quarterly Review of Economics and Finance**, [S. l.], v. 62, p. 66-73, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3tf0t9e>. Acesso em: 10 dez. 2019.

ARMSTRONG, Mark; SAPPINGTON, David E. M. Recent developments in the theory of regulation. **Handbook of industrial organization**, [S. l.], Elsevier, v. 3, p. 1557-1700, 2007.

BARON, David P. Regulation and legislative choice. **The RAND Journal of Economics**, Santa Monica, California, v. 19, n. 3, p. 467-477, 1988.

BARRETO, Leonardo Vianna Moog. **Regulação e agência comum: aplicação ao setor brasileiro de saneamento**. 2019. Dissertação (Mestrado em Economia) Escola Brasileira de Economia e Finanças,



Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3uT3KeN>. Acesso em: 9 dez. 2019.

CAMBINI, Carlo; RONDI, Laura. Independent agencies, political interference, and firm investment: evidence from the European Union. **Economic Inquiry**, [S. l.], v. 55, n. 1, p. 281–304, 2017.

EVANS, Joane; LEVINE, Paul; TRILLAS, Francesc. Lobbies, delegation and the under-investment problem in regulation. **International Journal of Industrial Organization**, [S. l.], Elsevier, v. 26, n. 1, p. 17–40, 2008.

GALIANI, Sebastian; GERTLER, Paul; SCHARGRODSKY, Ernesto. Water for life: The impact of the privatization of water services on child mortality. **Journal of political economy**, Chicago, Illinois, v. 113, n. 1, p. 83–120, 2005.

GAMPER-RABINDRAN, Shanti; KHAN, Shakeeb; TIMMINS, Christopher. The impact of piped water provision on infant mortality in Brazil: A quantile panel data approach. **Journal of Development Economics**, [S. l.], v. 92, n. 2, p. 188–200, 2010.

GÓMEZ-IBÁÑEZ, José A. **Regulating infrastructure: monopoly, contracts, and discretion**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. The politics of government decision-making: A theory of regulatory capture. **The quarterly journal of economics**, Cambridge, Massachusetts, v. 106, n. 4, p. 1089–1127, 1991.

LAFFONT, Jean-Jacques; TIROLE, Jean. **A theory of incentives in procurement and regulation**. Cambridge: MIT press, 1993.

LEWIS, Tracy; R.; SAPPINGTON, David E. M. Oversight of long-term investment by short-lived regulators. **International Economic Review**, Sussex Ocidental, Inglaterra, v. 32, n. 3, p. 579–600, 1991.

LIM, Claire S. H.; YURUKOGLU, Ali. Dynamic natural monopoly regulation: Time inconsistency, moral hazard, and political environments. **Journal of Political Economy**, Chicago, Illinois, v. 126, n. 1, p. 263–312, 2018.

MARTIMORT, David. The life cycle of regulatory agencies: Dynamic capture and transaction costs. **The Review of Economic Studies**, [S. l.], v. 66, n. 4, p. 929–947, 1999.

MOITA, Rodrigo M. S.; PAIVA, Claudio. Political price cycles in regulated industries: Theory and evidence. **American Economic Journal: Economic Policy**, Pittsburgh, Pensilvania, v. 5, n. 1, p. 94–121, 2013.

PELTZMAN, Sam. Toward a more general theory of regulation. **The Journal of Law and Economics**, Chicago, Illinois, v. 19, n. 2, p. 211–240, 1976.

SILVA, Mariana Batista da. Independence after delegation? Presidential calculus and political interference in brazilian regulatory agencies. **Brazilian Political Science Review**, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 39–74, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/4aeAdMS>. Acesso em: 11 dez. 2019.

STIGLER, George J. The theory of economic regulation. **The Bell journal of economics and management science**, Santa Monica, California, v. 2, n. 1, p. 3–21, 1971.

TIROLE, Jean. Hierarchies and bureaucracies: On the role of collusion in organizations. **Journal of Law, Economics, & Organization**, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 181–241, 1986.

APÊNDICE A – PROVAS DO MODELO TEÓRICO

1 Caso sem interferência política

PROVA DA PROPOSIÇÃO 1:

$$\max_{q, n_2} n_1 [S(q) - p(q)q] + \beta n_2 [S(q) - p(q)q]$$

s.a.

$$\pi = p(q)Q_1 - cQ_1 - r\Delta n + \beta[p(q)Q_2 - cQ_2] \geq 0$$

O Lagrangeano do problema do regulador é dado por:

$$\mathcal{L} = (n_1 + \beta n_2)[S(q) - p(q)q] + \lambda[n_1(p(q)q - cq) - r\Delta n + n_2\beta(p(q)q - cq)] \quad (1)$$

Como indicado por Baron e Myerson (1982), dado que $\frac{dS(q)}{dq} = p(q)$, temos:

CPO:

$$[q] : -(n_1 + \beta n_2) \frac{dp(q)}{dq} q + \lambda[(n_1 + \beta n_2) (\frac{dp(q)}{dq} q + p(q) - c)] = 0 \quad (2)$$

$$[n_2] : \beta(S(q) - p(q)q) - \lambda[r \frac{d\Delta n}{dn_2} - \beta(p(q)q - cq)] = 0 \quad (3)$$

$$[\lambda] : \lambda[(n_1 + \beta n_2)(p(q)q - cq) - r\Delta n] = 0 \quad (4)$$

Note que $\lambda > 0$. De fato, por contradição, suponha que $\lambda = 0$. De (2), conclui-se que:

$$-(n_1 + \beta n_2) \frac{dp(q)}{dq} q = 0 \quad (5)$$

Assim, uma vez que $\beta > 0$ e $n_2 \geq n_1 > 0$, para que (5) seja válida, devemos ter:

$$\frac{dp(q)}{dq} q = 0 \quad (6)$$

Como por hipótese temos que $\frac{dp(q)}{dq} < 0$, $\forall q > 0$, conclui-se que $q = 0$. Tomando $q = 0$ na função de bem-estar, concluímos que $W=0$. Seja o caso em que os usuários possuem uma demanda linear, na forma $p = a - bq$. Assim, como $S(q) = \int_0^q p(s)ds$, para um $q > 0$ arbitrário, dado um n_1 e um n_2 arbitrários, concluímos que $W = (n_1 + \beta n_2)[(aq - \frac{bq^2}{2})] - (a - bq)q = bq^2 > 0$, que é maior que o bem-estar no caso em que $q = 0$ o que é uma contradição. Portanto, $\lambda > 0$.

De $\lambda > 0$ e (4) conclui-se que a restrição de participação da firma é ativa no ótimo.

Manipulando (2) e denotando a elasticidade-preço por η têm-se que :

$$(n_1 + \beta n_2) \frac{dp(q)}{dq} q = \lambda[(n_1 + \beta n_2) (\frac{dp(q)}{dq} q + p(q) - c)]$$

$$\frac{dp(q)}{dq} q = \lambda[(\frac{dp(q)}{dq} q + p(q) - c)]$$



$$\begin{aligned}
&\implies \frac{dp(q)}{dq}q - \lambda \frac{dp(q)}{dq}q = \lambda(p(q) - c) \\
&\implies \frac{dp(q)}{dq} \frac{q}{p(q)} - \lambda \frac{dp(q)}{dq} \frac{q}{p(q)} = \frac{\lambda(p(q)-c)}{p(q)} \quad (\text{dividindo ambos os lados por } p(q)) \\
&\implies \frac{1}{\eta} - \frac{\lambda}{\eta} = \lambda \left[\frac{p(q)-c}{p(q)} \right] \quad (\text{tomando o inverso da elasticidade preço da demanda}) \\
&\implies \frac{\lambda-1}{\lambda} \frac{1}{\eta} = \frac{p(q)-c}{p(q)} \quad (\text{note que } \eta < 0, \text{ assim é tomado o valor absoluto}) \quad \blacksquare
\end{aligned}$$

PROVA DO COROLÁRIO 1

Assumindo agora uma função de produção quadrática para a firma, temos que a condição de primeira ordem para o n_2 , dada pela equação (3) passa a ser dada por:

$$\beta(S(q) - p(q)q) - \lambda[2r(n_2 - n_1) + \beta(p(q)q - cq)] = 0 \quad (7)$$

Manipulando essa condição temos:

$$\begin{aligned}
&\implies \beta(S(q) - p(q)q) = \lambda[2r(n_2 - n_1) - \beta(p(q)q - cq)] \\
&\implies \lambda[2r(n_2 - n_1)] = \beta[(S(q) - p(q)q) + \lambda(p(q)q - cq)] \\
&\implies n_2 - n_1 = \frac{\beta[(S(q) - p(q)q) + \lambda(p(q)q - cq)]}{2r\lambda} \\
&\implies n_2^* = n_1 + \frac{\beta[(S(q) - p(q)q) + \lambda(p(q)q - cq)]}{2r\lambda} \quad \blacksquare
\end{aligned}$$

2 Efeito da interferência política

PROVA DA PROPOSIÇÃO 2

$$\max_{q, n_2} n_1[S(q) - p(q)q] + \beta n_2[S(q) - p(q)q] + \sigma R(p)$$

s.a.

$$\pi = p(q)Q_1 - cQ_1 - r\Delta n + \beta[p(q)Q_2 - cQ_2] \geq 0$$

O Lagrangeano do problema do regulador é dado por:

$$\mathcal{L} = (n_1 + \beta n_2)[S(q) - p(q)q] + \sigma R(p) + \lambda[n_1(p(q)q - cq) - r\Delta n + n_2\beta(p(q)q - cq)] \quad (8)$$

CPO:

$$[q] : -(n_1 + \beta n_2) \frac{dp(q)}{dq}q + \lambda[(n_1 + \beta n_2) \left(\frac{dp(q)}{dq}q + p(q) - c \right)] + \sigma \frac{dR}{dq} = 0 \quad (9)$$

$$[n_2] : \beta(S(q) - p(q)q) + \frac{dR}{dn_2} - \lambda[r\Delta n - \beta(p(q)q - cq)] = 0 \quad (10)$$

$$[\lambda] : \lambda[(n_1 + \beta n_2)(p(q)q - cq) - r\Delta n] = 0 \quad (11)$$

Note que $\lambda > 0$. De fato, por contradição, suponha que $\lambda = 0$.

Tomando (9), temos:

$$\begin{aligned}
&-(n_1 + \beta n_2) \frac{dp(q)}{dq}q + \sigma \frac{dR}{dq} = 0 \\
&\implies (n_1 + \beta n_2) \frac{dp(q)}{dq}q = \sigma \frac{dR}{dq} \quad (12)
\end{aligned}$$

Note que, por hipótese, $\sigma \frac{dR}{dq} > 0$, mas sabemos que $\frac{dp}{dq} < 0$. Logo, (12) é uma contradição. Portanto, $\lambda > 0$.

De $\lambda > 0$ e (11) conclui-se que a restrição de participação da firma é ativa no ótimo.

Manipulando (9) e denotando a elasticidade-preço por η têm-se que :

$$(n_1 + \beta n_2) \frac{dp(q)}{dq} q = \lambda [(n_1 + \beta n_2) (\frac{dp(q)}{dq} q + p(q) - c)] + \frac{dR}{dq}$$

Dividindo os dois lados por $n_1 + \beta n_2$:

$$\begin{aligned} \implies \frac{dp(q)}{dq} q &= \lambda [\frac{dp(q)}{dq} q + p(q) - c] + \frac{dR}{dq} \frac{1}{n_1 + \beta n_2} \\ \implies \frac{p(q) - c}{p(q)} &= \frac{\lambda - 1}{\lambda} \frac{1}{\eta} - \frac{dR}{dq} \frac{1}{(n_1 + \beta n_2)p(q)} \quad (\text{note que } \eta < 0) \end{aligned} \quad (13)$$

■

PROVA DO COROLÁRIO 2

Assumindo agora uma função de produção quadrática para a firma, temos que a condição de primeira ordem para o n_2 , dada pela equação (10) passa a ser dada por:

$$\beta(S(q) - p(q)q) + \sigma \frac{dR}{dN_2} - \lambda[2r(n_2 - n_1) - \beta(p(q)q - cq)] = 0 \quad (14)$$

Manipulando essa condição temos:

$$\begin{aligned} \implies \beta(S(q) - p(q)q) + \sigma \frac{dR}{dn_2} &= \lambda[2r(n_2 - n_1) - \beta(p(q)q - cq)] \\ \implies \lambda[2r(n_2 - n_1)] &= \beta[(1 + \alpha)(S(q) - p(q)q) + \lambda(p(q)q - cq)] \\ \implies n_2 - n_1 &= \frac{\beta[(S(q) - p(q)q) + \lambda(p(q)q - cq)]}{2r\lambda} + \sigma \frac{dR}{dn_2} \\ \implies n_2^R &= n_1 + \frac{\beta[(S(q) - p(q)q) + \lambda(p(q)q - cq)]}{2r\lambda} + \sigma \frac{dR}{dn_2} \end{aligned}$$

■



8

DESAFIOS REGULATÓRIOS NO SETOR FINANCEIRO: UMA ANÁLISE DAS TRANSFORMAÇÕES PROMOVIDAS POR FINTECHS NO MERCADO DE MEIOS DE PAGAMENTO NO BRASIL¹

*Regulatory challenges in the Financial Sector:
An assessment of transformations promoted
by fintechs in the Brazilian Payment Methods
market*

Marcos Filipe Sussumu Ueda²

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) – Brasília/DF, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Objetivo: O artigo busca tratar dos desafios regulatórios de promover competitividade e inovação, bem como mitigar riscos sistêmicos do setor financeiro. Nesse contexto, o trabalho busca demonstrar a relevância do surgimento das *fintechs* e da regulação jurídica associada a intervenções de ordem regulatória e concorrencial para o aumento da inovação e da concorrência ao estabelecer segurança jurídica no mercado de meios de pagamento no Brasil. Ao mesmo tempo, o trabalho busca demonstrar como o *sandbox* regulatório surge como resposta institucional aos desafios de equilibrar objetivos de concorrência, inovação e estabilidade financeira, analisando sua aplicação em projetos do setor de pagamentos no Brasil.

Método: Pesquisa bibliográfica, documental e qualitativa.

Conclusões: Além do desenvolvimento tecnológico que proporcionou o surgimento de novos modelos de negócios, a atuação do Cade e Banco Central por meio de mecanismos regulatórios e concorrenciais orientados para o aumento da competitividade, bem como o advento da Lei nº 12.865/2013, como marco regulatório dos arranjos e instituições de pagamento, contribuíram significativamente para aumentar a concorrência do mercado brasileiro de meios de pagamento, sobretudo pela entrada de *fintechs* e a consequente expansão da oferta de serviços financeiros, diminuição de custos e inclusão financeira

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

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

1 **Recebido em:** 24/10/2023 **Aceito em:** 08/12/2023 **Publicado em:** 21/12/2023

2 Assessor no Tribunal Administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Mestrando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo. As opiniões contidas neste artigo são pessoais e não representam a percepção das instituições às quais o autor está vinculado.

E-mail: mfsueda@gmail.com **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/3497376293426012> **ORCID:** <https://orcid.org/0009-0004-0794-1652>

de população não-bancarizada. Ademais, o estudo do *sandbox* regulatório aponta que esse instituto tem sido adotado pelos reguladores brasileiros para enfrentar os desafios associados à desconexão regulatória, fomento de inovação, competição e estabilidade sistêmica no setor financeiro, dadas suas características que permitem reduzir mais rapidamente assimetrias de informação e antecipar efeitos e riscos de caráter sistêmico.

Palavras-chave: *fintech*; regulação financeira; concorrência; desconexão regulatória; *sandbox* regulatório; meios de pagamento.

STRUCTURED ABSTRACT

Objective: The paper discusses the challenges of promoting competitiveness, innovation, and mitigating risks in the financial sector. It emphasizes the importance of legal regulation in transforming market structures and facilitating the entry of fintechs into the payment market in Brazil. The introduction of normative guidelines and regulatory interventions has played a role in increasing competition and innovation by providing legal certainty. The paper also explores the concept of a regulatory *sandbox*, as an institutional response designed to balance the objectives of competition, innovation, and financial stability. It examines the application of the regulatory *sandbox* in projects in the Brazilian payments sector. The article highlights the relevance of regulatory measures in creating a conducive environment for competition, innovation, and overall stability in the financial sector.

Method: Bibliographic, documentary and qualitative research.

Conclusions: In addition to technological advancements facilitating the emergence of new business models, the roles played by both CADE – Administrative Council for Economic Defense (Brazilian Antitrust Authority) and the Brazilian Central Bank, through regulatory and competition mechanisms oriented towards increasing competitiveness, as well as the enactment of Law No. 12.865/2013, a regulatory framework for payment arrangements and institutions, have significantly contributed to enhancing competition in the Brazilian payment methods market. This was primarily achieved through the entry of fintechs, expansion of the financial service offerings, cost reduction, and financial inclusion of the unbanked population. In addition, the study of the regulatory *sandbox* points out that this institute has been adopted by Brazilian regulators to address the challenges associated with regulatory disconnection, fostering innovation, competition, and systemic stability in the financial sector, given its characteristics, which make it possible to reduce information asymmetries more quickly and anticipate systemic effects and risks.

Keywords: fintech; financial regulation; competition; regulatory disconnection; regulatory *sandboxes*; payment methods.

Classificação JEL: K21; O16.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Desafios para equilibrar regulação, concorrência e inovação no mercado financeiro*; 3. *A relevância das para o aumento da competição no mercado financeiro*; 4. *A regulação jurídica do mercado de meios de pagamento no Brasil*. 5. *A transformação na indústria de meios de pagamento no*



1. INTRODUÇÃO

As inovações tecnológicas têm transformado significativamente a estrutura de diversos mercados, mas talvez nenhum outro setor tenha sido tão afetado nos últimos anos como o financeiro. O surgimento das *fintechs* que introduziram novos modelos de negócios, por meio dos quais passaram a ofertar produtos e serviços baseados em canais virtuais e de maneira acessível a parcela relevante da população, contribuíram para o aumento da competição e da inclusão financeira em diversos segmentos de mercado (COSTA, 2023, p. 11).

Segundo Ragazzo e Cataldo (2020) essas transformações têm modificado um importante paradigma no acesso de serviços financeiros no Brasil antes pautado pela presença de agências bancárias físicas. Atualmente, o acesso de serviços financeiros, desde os mais simples até mais complexos, está relacionado à existência de uma conta bancária, por meio do qual as instituições financeiras ofertam diversos outros serviços. Os autores sustentam que a evolução da indústria de pagamentos tem indicado que a nova porta de entrada para a oferta de serviços financeiros são os meios de pagamento, sobretudo, pela possibilidade de associar serviços de pagamento e transferência de recursos por meio de aplicativos em telefone celulares de maneira mais barata e rápida.³

A velocidade com que essas mudanças têm se apresentado impõe desafios regulatórios relevantes em razão do rompimento entre padrões normativos e regulatórios existentes em face da realidade que pretendem disciplinar, tornando-os inadequados ou incompatíveis para lidar com problemas e demandas trazidas por essas inovações. Assim, os reguladores têm sido desafiados a encontrar estratégias regulatórias mais efetivas e proporcionais, capazes de enfrentar essas transformações no mercado, sem inibir a inovação e a concorrência do setor, e sem desconsiderar potenciais riscos que a atuação desses novos agentes impõe ao sistema financeiro (RANGEL, 2022, p. 151).

O presente artigo tem como objetivo demonstrar a relevância do surgimento das *fintechs* e da regulação jurídica, associada a intervenções de ordem regulatória e concorrencial, para explicar as transformações do mercado de instrumentos de pagamento brasileiro. A investigação busca abordar a relação entre regulação, concorrência e inovação, buscando evidências de que o advento de orientações normativas específicas e intervenções promovidas por Cade e Banco Central tiveram papel central na abertura do mercado de meios de pagamento que ampliaram a inclusão financeira de população não-bancarizada, além de melhorar a competitividade no setor financeiro. Ademais, o trabalho busca demonstrar como o *sandbox* regulatório surge como resposta institucional aos desafios de equilibrar objetivos regulatórios promover concorrência, inovação e estabilidade financeira, analisando sua aplicação em projetos do setor de pagamentos no Brasil. Com esse propósito, o trabalho foi dividido em cinco partes.

³ Nesse sentido, Ragazzo e Cataldo (2020) argumentam que o caminho para inclusão financeira no Brasil é o mercado de meios de pagamento, a partir da análise de experiências estrangeiras na China e Índia, em contraposição ao modelo tradicional por contas bancárias, que conta com barreiras de difícil transposição.

Na primeira parte do artigo serão apresentados os desafios enfrentados pelos reguladores do setor financeiro para disciplinar as inovações tecnológicas. Na segunda parte do artigo, apresenta-se o conceito de *fintech* e quais fatores podem explicar o seu papel no aumento da concorrência no setor financeiro, tomando como exemplo de caso o mercado de pagamentos brasileiro. Na terceira parte, apresenta-se o marco regulatório do mercado de meios de pagamento brasileiro e a sua relação com o aumento da concorrência no setor. Na quarta parte, busca-se analisar o impacto de ações regulatórias e concorrenciais implementadas pelas autoridades brasileiras para o aumento da concorrência no mercado de meios de pagamento. Na quinta parte, apresentam-se algumas considerações sobre o instituto do *sandbox* regulatório como resposta institucional adotada por reguladores financeiros para enfrentar o problema da desconexão regulatória e a sua implementação no Brasil.

Ao final do trabalho, busca-se contribuir com uma maior compreensão sobre o advento das *fintechs* no mercado financeiro, os desafios que se impõem para a regulação e concorrência e como a regulação jurídica pode contribuir para a estruturação de mercados mais competitivos e inovadores.

2. DESAFIOS PARA EQUILIBRAR REGULAÇÃO, CONCORRÊNCIA E INOVAÇÃO NO MERCADO FINANCEIRO

A relação entre regulação e concorrência no sistema financeiro está pautada pelo binômio estabilidade e concorrência.⁴ Diversas autoridades têm aprofundado suas análises sobre os impactos regulatórios e concorrenciais decorrentes das inovações tecnológicas e o surgimento de novos modelos de negócio, dado seu potencial de transformar o padrão de competição atualmente conhecido, além de impor novos riscos sistêmicos.

Nos últimos anos, as *fintechs* têm sido responsáveis por introduzir esses novos modelos de negócios, ofertar produtos e serviços baseados no uso intensivo de tecnologia a partir de canais virtuais, e aumentar a competitividade do setor financeiro, atendendo demandas de parcela consumidora insatisfeita com os serviços prestados pelos bancos tradicionais, resultando em verdadeira transformação de processos, cadeia de valor, e do relacionamento entre instituições financeiras e clientes e entre as próprias instituições (COSTA, 2023, p. 11-12).

A criação ou o desenvolvimento de uma regulação jurídica adequada para acompanhar a velocidade dessas mudanças torna-se cada vez mais desafiadora. Regular o comportamento de agentes econômicos em um contexto de inovação implica risco e incerteza relacionados ao funcionamento do mercado e ao equilíbrio sistêmico do setor regulado (BCB, 2021, p. 170)⁵.

De um lado, o risco de inviabilizar o desenvolvimento de práticas e tecnologias benéficas ao mercado e à sociedade e impedir a entrada de empresas e modelos capazes de promover a

4 As diversas crises financeiras ao longo da história levaram os governos a estabelecer regras e controles mais rígidos sobre a operação dos bancos, de maneira a impedir ou mitigar os riscos de quebras generalizadas. Entre as exigências, a instituição precisa manter sistemas rígidos de controle interno e gestão de risco, contratar equipes dedicadas para realização de auditorias, elaboração e implementação de *compliance*, prestação de contas aos órgãos reguladores e assegurar que as regras estejam sendo cumpridas. A adequação a esses padrões representa um importante custo, dificultando a entrada de bancos menores, que enfrentam dificuldades para arcar com esses custos e ainda se manterem rentáveis.

5 “É no contexto de inovação rápida e constante que o regulador financeiro procura se posicionar, com foco em uma regulação equilibrada que, de um lado, não iniba as inovações, mas, de outro, não enseje riscos desproporcionais para os usuários e clientes e para a estabilidade do sistema financeiro”.

concorrência nos mercados. Por outro lado, existe o risco sistêmico, ao permitir que a execução de determinadas práticas e modelos de negócio criem um risco elevado de quebra generalizada de empresas ou a criação de condições competitivas assimétricas que resultem na exclusão de empresas e, em última instância, contribuam para a concentração excessiva do mercado, tornando mais difícil fomentar a competitividade e a inovação.

Nesse contexto, um dos principais desafios enfrentados pelos agentes reguladores é reduzir a diferença entre as mudanças que se verificam no mundo dos fatos e o arcabouço normativo-regulatório que disciplina e orienta o comportamento econômicos dos agentes regulados. A nova realidade trazida por essas mudanças pode demandar um conjunto regulatório distinto para que os objetivos perseguidos pela atuação estatal sejam alcançados. Esse rompimento entre o arcabouço normativo-regulatório e a realidade é descrito por Vianna como desconexão regulatória, cujo prolongamento que resulta nos dois principais desafios regulatórios à luz das inovações tecnológicas disruptivas: o descompasso e o *timing* regulatórios (VIANNA, 2019, p. 59). Moses (2013, p. 6) ainda acrescenta o problema de ritmo (*spacing problem*) como uma terceira ordem de problemas.

Segundo Vianna (2019, p. 59), o descompasso regulatório se refere “ao intervalo de tempo entre o momento em que se evidencia a desconexão regulatória e a conseqüente resposta do regulador”, enquanto o *timing* regulatório corresponde à “análise relativa ao momento certo para intervir (caso se decida intervir)”. Já Moses (2013, p. 7) define o problema de ritmo (*spacing problem*) como a dificuldade de acompanhar as mudanças aceleradas das transformações tecnológicas, podendo ser formulado a partir de questões como gerenciamento de novos riscos negativos decorrentes das mudanças, gerenciamento de incertezas da aplicação das leis existentes, e da necessidade de adaptar regimes regulatórios que se mostram inadequados para os novos contextos que se apresentam.

Uma das decisões mais complexas e impactantes sobre a perspectiva da regulação e dos efeitos produzidos sobre o mercado é o *timing* regulatório. Philippon (2019, p. 218) recorre à análise histórica para afirmar que as regulações tendem a ser mais eficientes quando implementadas em estágio de desenvolvimento inicial de uma indústria, uma vez que seria mais difícil alterar padrões estabelecidos quando a indústria apresenta maior consolidação e os valores econômicos envolvidos são mais elevados. Moses (2013, p. 7) também indica um aumento da resistência à mudança quando a tecnologia se encontra consolidada, tornando a sua mudança mais custosa sob a perspectiva regulatória, dada a proporção e a complexidade que adquirem nesse momento.

Por outro lado, Baptista e Keller (2016, p. 145) sustentam que a intervenção regulatória em momento de maior estabilidade institucional pode ser mais adequada, pois, em princípio, atuações mais imediatas apresentam “riscos maiores e mais difíceis de serem revertidos”, além da falta de informações disponíveis para fundamentar uma decisão consistente. Segundo as autoras, uma intervenção precoce ou inadequada pode produzir efeitos adversos, inibindo a inovação tanto em relação ao aprimoramento de fatores já existentes, quanto ao surgimento de tecnologias mais inovadoras, resultando em decisões que levem à normatização desnecessária e desperdício de recursos.

Diante das diversas consequências da atuação regulatória, um dos maiores desafios para o agente regulador é avaliar se a estrutura regulatória vigente é adequada para atender as novas demandas que surgem em decorrência das inovações tecnológicas disruptivas e, caso sejam insuficientes, como enfrentar essa incompatibilidade. Segundo Vianna (2019, p. 16), esse desalinhamento entre normas regulatórias e o efetivo funcionamento do mercado repercutem

diretamente sobre o risco sistêmica do setor financeiro, tendo em vista possibilidade de se negligenciar novos riscos acrescentados por essa dinâmica de mudanças, fenômeno que o autor denomina desconexão regulatória sistematicamente relevante.

Por sua vez, a reconexão regulatória pode ocorrer por meio da acomodação de uma nova demanda regulatória nas normas vigentes, por alteração parcial no regramento ou pela elaboração de uma nova regulação específica. Assim, a atuação regulatória requer uma análise complexa que considere o grau de intervenção nos padrões já estabelecidos para o setor regulado (VIANNA, 2019, p. 59, 61).

Portanto, além de a atuação regulatória ser tempestiva, é necessário que seja adequada. Nesse sentido, o agente regulador precisa identificar o problema, o fenômeno inovador e seu potencial disruptivo, para que seja capaz de adotar as medidas cabíveis ao melhor funcionamento do setor regulado. A atuação do órgão regulador será mais eficiente quanto maior for a capacidade de antecipar tendências e reagir tempestiva e assertivamente às mudanças, mitigando o descompasso regulatório.

Assim, é relevante verificar qual inovação está em curso e quais as consequências relevantes que essa inovação gera para o setor regulado, sobretudo em termos de risco sistêmico. Para enfrentar esses problemas, diversos reguladores financeiros têm reconhecido a insuficiência dos instrumentos regulatórios tradicionais de caráter reativo e adotado o instituto do *sandbox* regulatório, instrumento regulatório de caráter experimental e aberto à cooperação entre regulador e regulados, que proporciona espaço de aprendizado compartilhado e visa permitir uma atuação prospectiva da autoridade reguladora capaz de antecipar tendências (VIANNA, 2019, p. 65-66; RANGEL, 2022, p. 154) e que será abordado adiante no capítulo 5 do presente artigo.

Antes, porém, o próximo capítulo abordará o que são as *fintechs*, em que contexto surgiram, as razões que as levaram se tornarem relevantes a ponto de impactar a dinâmica concorrencial do setor financeiro e os desafios que enfrentam para crescerem no mercado.

3. A RELEVÂNCIA DAS FINTECHS PARA O AUMENTO DA COMPETIÇÃO NO MERCADO FINANCEIRO

As recentes transformações promovidas no setor financeiro não poderiam ser explicadas sem a compreensão do surgimento das chamadas *fintechs*.⁶ *Fintech* (*Financial Technology*) é um termo amplo e heterogêneo⁷ que congrega as palavras finanças e tecnologia, e, de forma geral, pode ser utilizada para designar empresas que utilizam a tecnologia de forma inovadora para criar e desenvolver produtos e serviços financeiros, estimulando novos modelos de negócios, aplicações,

6 Conceitualmente, existem autores que distinguem as figuras startups das *fintechs*. Hermanson (2011) diferencia as figuras nos seguintes termos: “as startups podem ser definidas como empresas de pequeno porte, recém-criadas, cuja atividade principal são a pesquisa e o desenvolvimento de ideias inovadoras, cujos custos de manutenção sejam baixos e ofereçam a possibilidade de rápida e consistente geração de lucros.” Por sua vez, “embora a palavra *fintech* remeta à ideia de novas empresas, há firmas que surgem com financiamento de grandes instituições financeiras e, desse modo, saltam a etapa em que seriam consideradas *startups*.”

7 Não há um consenso na doutrina ou entre as autoridades reguladoras ou especializadas sobre a definição do termo *fintech*. Para os fins deste trabalho, as definições adotadas serão amplas, não restringindo as *fintechs* em termos de porte, atividade e enquadramento legal, tais como instituição financeira, bancária ou não bancária, seguindo, assim, elementos de identificação considerados pelo BCB.

processos e produtos (BCB, 2021, p. 164).

No Brasil, o Banco Central do Brasil (Banco Central ou BCB) define o termo da seguinte forma:

Fintechs são empresas que introduzem inovações nos mercados financeiros por meio do uso intenso de tecnologia, com potencial para criar novos modelos de negócios. Atuam por meio de plataformas online e oferecem serviços digitais inovadores relacionados ao setor (FINTECHS, [2023]).

Da definição adotada pelo Banco Central, verifica-se que além do uso intensivo de tecnologia, as *fintechs* são caracterizadas por promover inovações e pelo potencial de criar modelos de negócios. As *fintechs* encontraram um espaço propício para seu desenvolvimento ao adotarem modelos de negócio e uso mais eficiente das novas tecnologias, permitindo uma melhor adaptação às mudanças promovidas pelas inovações tecnológicas no mercado.

Em geral, as *fintechs* se especializaram em atender determinados nichos com baixa penetração de serviços financeiros tradicionais e alto potencial de crescimento, ultrapassando as atividades típicas de um banco comercial. Contudo, algumas *fintechs* passaram a concorrer diretamente com os bancos tradicionais, a partir de serviços inteiramente prestados por plataformas digitais e sem a presença de agências bancárias, adotando um modelo de negócio altamente dependente de tecnologia.

O surgimento dessas empresas ocorre no contexto da crise financeira de 2008, com o colapso de grandes instituições financeiras e o desenvolvimento de soluções pela internet, criando um cenário propício para o surgimento de alternativas aos bancos tradicionais (VERÍSSIMO, 2019, p. 47). Em relação às empresas tradicionais do setor financeiro, as *fintechs* se caracterizaram por apresentarem uma estrutura de custos com baixa dependência de estrutura física, menor quantidade de funcionários e escopo de atividades e negócios delimitados. Ao contrário das grandes instituições financeiras, grande parte das *fintechs* surgiu na era da economia digitalizada, sem herdar sistemas legados e grandes estruturas corporativas, geralmente caracterizadas pela rigidez e lentidão na tomada de decisões, além do alto custo operacional.

Por outro lado, as *fintechs* apresentaram como principais desvantagens: (i) a ausência de uma base de clientes leais; (ii) acesso limitado às informações provenientes do relacionamento pretérito com o cliente (*soft information*); (iii) ausência de reputação e reconhecimento da marca; (iv) elevado custo de capital e balanço financeiro reduzido; e (v) ausência de experiência no gerenciamento regulatório e administração de risco (OECD, 2020, p. 15).

No Brasil, o impacto gerado pela atuação de *fintechs* tem sido relevante. Muito embora o mercado financeiro brasileiro ainda seja concentrado e imponha altos custos regulatórios a seus participantes, novos agentes têm ingressado em diversos segmentos, a exemplo do crescimento de bancos digitais (Nubank, Banco Inter, C6, Neon, Original), plataformas de crédito (Creditas, Geru), plataformas de planejamento financeiro (PicPay que adquiriu a plataforma Guia Bolso), pagamento de benefícios (Caju, Flash, Méliuz) e meios de pagamento eletrônico (Ebanx, Stone, PagSeguro, MercadoPago).

Não obstante, as *fintechs* têm enfrentado dificuldades para atrair clientes e obter uma participação de mercado significativa (TAKAR, 2017), uma vez que os consumidores têm resistido à ideia de mudar de banco, sobretudo agentes com atuação em segmentos altamente concorridos, como o mercado de empréstimos para empresas de grande e médio portes. Segundo Corrêa (2020, p.

39), esse mesmo padrão se verifica em outras jurisdições como a China, país avançado em termos de ecossistema e tecnologia financeira, no qual as *fintechs* têm alcançado importante espaço, mas que representam apenas 3% de participação no total da oferta de crédito do setor não bancário.

Embora as *fintechs* tenham contribuído para o aumento da competição no setor financeiro, há um movimento crescente de aproximação entre os bancos e *fintechs*, seja por meio de programas de aceleração, parcerias, contratação de serviços e aquisições (DISTRITO, 2021), estabelecendo relações que podem ser alvo de potenciais preocupações regulatórias e concorrenciais.

Segundo a Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), diversas *fintechs* não buscam obter licenças para operar como bancos em razão dos altos custos regulatórios envolvidos e considerando que ainda podem obter receita em segmentos rentáveis nos quais os bancos não operam. A entrada de agentes não-bancarizados e o grau de concorrência exercido no varejo bancário depende da regulação implementada para os agentes envolvidos. Outro fator crucial para a competitividade no mercado depende das características dos mercados envolvidos, uma vez que influenciam as estratégias adotadas por entrantes e incumbentes (OECD, 2020, p. 20-21).

Na presença de elevados custos de troca, os incumbentes possuem incentivos para acomodar a entrada de novos agentes, considerando que tendem a manter sua base de clientes, enquanto entrantes tendem a atrair segmentos de clientes não-bancarizados além daqueles insatisfeitos com a prestação dos serviços pelas instituições incumbentes. Adicionalmente, os incumbentes recebem tarifas adicionais pela operação de novos agentes no sistema bancário e que compensam o custo do aumento das transações agregadas no sistema (OECD, 2020, p. 20-21).

Além das condições do mercado, a estratégia dos incumbentes pode variar em função da posição adotada pelos entrantes. Os entrantes podem atuar como uma empresa pequena que atende nichos de mercado, como a população não-bancarizada. Nesse modelo, esses entrantes costumam formar parcerias, inclusive com bancos tradicionais, beneficiando-se da marca estabelecida, de economias de escala e dos canais de distribuição para oferta de seus serviços, de forma que os bancos passam a funcionar como plataformas de serviços financeiros (OECD, 2020, p. 20-21).

É possível ainda que os entrantes adotem a estratégia de expandir sua atuação como banco digital licenciado, acirrando a concorrência com os incumbentes, mas suscitando potenciais preocupações concorrenciais e regulatórias. Os incumbentes tendem a competir e adotar estratégias para dificultar ou impedir a entrada de agentes agressivos, que busquem competir por segmentos rentáveis e consolidados explorados pelos incumbentes (OECD, 2020, p. 20-21). Uma das estratégias possíveis é o fechamento de acesso à infraestrutura existente de serviços financeiros ou a criação do próprio banco digital associado com estratégias anticompetitivas para alavancar a participação da empresa verticalizada nos segmentos em que enfrentam a concorrência desses entrantes.

Além da adoção dessas estratégias, é provável que entrantes com maior potencial de consolidação ou que estejam ganhando participação de mercado sejam alvo de aquisição pelos bancos e grandes instituições financeiras. Nesse cenário, é importante que as autoridades regulatória e concorrencial considerem a natureza e a estratégia dessa aquisição, não se limitando a uma análise estática baseada em participações de mercado, mas buscando compreender fatores como a dinâmica competitiva do mercado, seus movimentos históricos e tendências, o potencial disruptivo da empresa, as estratégias que fundamentam o negócio e o impacto da operação para a rivalidade e custo de entrada no mercado.



Vale destacar ainda que a capacidade financeira e o acesso a fontes de financiamento permanecem sendo importantes barreiras à entrada e crescimento das *fintechs* brasileiras no mercado. O financiamento das *fintechs* é dependente de investidores de capital de risco (DISTRITO, 2021, p. 39-41)⁸, dada a natureza dos riscos atrelados ao investimento aportado, o que torna o custo de capital dessas empresas elevado (PWC, 2019, p. 2-5). Além disso, os modelos de negócios das *fintechs* dependem da obtenção de escala, o que muitas vezes significa suportar prejuízos financeiros no curto e médio prazo até que a operação passe a ser rentável.

Segundo o estudo Pesquisa *Fintechs* de Crédito 2019 elaborado conjuntamente pela PwC Brasil e pela Associação Brasileira de Crédito Digital (ABCD), o crédito é um recurso escasso no Brasil, concentrado em poucos grandes bancos, que emprestam a um custo elevado e com oferta restrita. Nesse contexto, o aumento da concorrência seria essencial para enfrentar esse problema e as inovações tecnológicas estariam contribuindo para a sua implementação, ao viabilizar o surgimento e o crescimento acelerado de novas empresas, que passaram a promover mudanças no mercado (PWC, 2019, p. 2-5).

O último estudo de pesquisa das *fintechs* de crédito em 2023, divulgado pela PWC em parceria com a ABCD, considera a situação específica das *fintechs* de crédito, e revela que o cenário de acesso a financiamento dessas *fintechs* apresentou melhora nos últimos anos. Destaca-se a diversificação das fontes de financiamento, com destaque para as operações com Fundos de Investimentos em Direitos Creditórios (FIDCs) ou securitizadoras, superando a dependência de capital próprio, que apresentou queda relevante de 14% entre 2021 e 2022. Observou-se ainda aumento da utilização de instrumentos financeiros como emissão de debêntures e ações preferenciais para captação de recursos. Especialmente em 2022, destacou-se significativamente o crescimento de linhas de crédito (empréstimos, financiamentos de bancos e organizações de fomento) como fontes representativas de financiamento das *fintechs* de crédito (PWC, 2023, p. 31-32).

Não obstante, o Relatório de Economia Bancária 2022, elaborado pelo Banco Central, indica que o mercado brasileiro de crédito permanece concentrado. Na modalidade de crédito para pessoas físicas, os cinco maiores bancos (Caixa, BB, Bradesco, Itaú e Santander) concentraram quase 66,9% de participação de mercado no segmento de operações de crédito (incluindo instituições bancárias e não-bancárias), em 2022, com ligeira redução de concentração nos últimos três anos (67,9% em 2021, 68,5% em 2020 e 69,8% em 2019) (BCB, 2022a, p. 216).

Na modalidade de crédito para pessoas jurídicas, os cinco maiores *players* representaram 64,3% de participação de mercado, em 2020⁹, com redução de concentração nos últimos três anos da ordem de 6,5%, em razão da diminuição da participação do Banco Nacional de Desenvolvimento

8 Segundo levantamento do Distrito Fintech Mining Report 2021, de 2012 até os primeiros quatro meses de 2021, cerca de R\$ 4,5 bilhões de reais foram investidos em financiamento de *fintechs* brasileiras, com destaque para os anos de 2019 (R\$ 1,08 bi), 2020 (R\$ 1,88 bi) e 1Q/2021 (R\$ 0,73 bi), que representaram parte relevante dos investimentos aportados nos últimos anos. O relatório também indica que as *fintechs* em estágio de maior maturidade (*late-stages*) concentram a maior parte dos investimentos em *fintechs* brasileiras, tendência que deve se acentuar nos próximos anos. As 10 maiores *fintechs* e *startups* que receberam mais investimentos representam mais de 90% dos investimentos totais aportados.

9 A partir da edição 2021 do Relatório de Economia Bancária, o Banco Central passou a analisar a concentração das operações de crédito segmentada por mercados relevantes: financiamentos rurais e agro (PF+PJ), financiamentos habitacionais (PF+PJ), financiamentos de infraestrutura e desenvolvimento (PJ), operações de aquisição de recebíveis comerciais (PJ), capital de giro (PJ), crédito pessoal com consignação em folha (PF) e cartão de crédito (PF+PJ), mercados que representam conjuntamente 71,8% do total das operações existentes no SFN até 31 dezembro de 2021. A segmentação foi adotada para garantir maior transparência na análise de competição no SFN.

Econômico e Social (BNDES) e do Banco do Brasil (BCB, 2021, p. 132-133).¹⁰

Ainda que se observe uma redução de concentração na concessão de crédito, sobretudo na modalidade de pessoas jurídicas, verifica-se que os resultados ainda não apontam para mudanças significativas na oferta de crédito no Brasil (BCB, 2021, p. 132-133).¹¹

De toda forma, a entrada, o crescimento e o grau de rivalidade exercido por novos agentes no mercado financeiro tendem a ser condicionados pelas escolhas regulatórias adotadas para os diferentes segmentos afetados. No Brasil, o Banco Central tem promovido uma agenda regulatória buscando um aumento da competitividade do setor financeiro. Nesse sentido, o órgão regulador tem se empenhado na adoção de normas e iniciativas que tornem os mercados financeiros mais competitivos, inclusivos e que fomentem a entrada e desenvolvimento de novos agentes econômicos. Contudo, desafios históricos envolvendo o equilíbrio entre estabilidade sistêmica, aumento de competitividade e inovação são enfrentados pelo agente regulador.

Talvez nenhum outro segmento tenha sido tão impactado pelas inovações tecnológicas, mudanças regulatórias e concorrenciais nos últimos anos como o mercado de meios de pagamento. Parte relevante dessas mudanças foram promovidas pela entrada e atuação das *fintechs*, pela introdução de novos modelos de negócios viabilizados pelo avanço tecnológico, que promoveram a inclusão financeira de população não-bancarizada, além de aumentar a oferta e acesso de clientes do segmento de varejo a produtos financeiros antes disponibilizados a consumidores de maior renda.

Não obstante, além do desenvolvimento econômico e tecnológico promovido pelas *fintechs* no mercado financeiro, a atuação dessas empresas foi viabilizada pela atuação regulatória do Banco Central e concorrencial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) para fomentar a abertura do mercado de adquirência e o advento da Lei nº 12.865/2013, que proporcionou segurança jurídica para realização desses investimentos ao regulamentar arranjos, instituições e contas de pagamento, além de estabelecer a competência do Conselho Monetário Nacional (CMN) e do Banco Central para regulamentar este setor.

As instituições de pagamento¹² possibilitaram a realização de pagamentos e transferência de recursos financeiros independentemente de relacionamentos com bancos ou outras instituições financeiras, muito embora sejam impedidos de prestar serviços financeiros específicos como a concessão de crédito e financiamento aos clientes. Os recursos ficam armazenados em contas de pagamento¹³, custodiadas pelo próprio Banco Central, e permitem a movimentação financeira dessas

10 Vale destacar que essa redução na modalidade de pessoas jurídicas é explicada pela diminuição de participação dos dois maiores players: BNDES (de 20,6% para 15,7%) e Banco do Brasil (17,6% para 14,3%). Vale destacar que houve um aumento de participação de outros bancos comerciais e múltiplos (de 21,1% para 25,9%) e cooperativas de crédito (3,2% para 5%), mas também o aumento de participação de outros grandes bancos (Itaú em 2,6% e Caixa em 0,9%).

11 As implicações da elevada concentração bancária podem ser observadas na escassez de acesso ao crédito para viabilizar o crescimento econômico. O acesso ao crédito é altamente dependente de recursos públicos. Os bancos privados possuem baixa participação na concessão de crédito próprio direcionado a políticas específicas, como o agronegócio e habitacional, segmentos dominados pelos bancos públicos. Boa parte dos recursos disponibilizados pelos bancos privados são provenientes de repasse de recursos públicos com origem no BNDES, o FAT ou o FGTS.

12 Segundo o BCB, “instituição de pagamento (IP) é a pessoa jurídica que viabiliza serviços de compra e venda e de movimentação de recursos, no âmbito de um arranjo de pagamento, sem a possibilidade de conceder empréstimos e financiamentos a seus clientes”. Ver (INSTITUIÇÕES DE PAGAMENTO, [2023]).

13 Contas de pagamento são serviços ofertados por instituições financeiras ou instituições de pagamento que permitem unicamente a realização de pagamentos, saques ou transferências. Não necessariamente são isentas de taxas, não possuem agências físicas, mas são mais baratas que as contas bancárias tradicionais e acessadas por via digital.

contas, a partir de cartões pré-pagos ou de um telefone celular, dispensando o uso da moeda em espécie. As contas de pagamento são interoperáveis, permitindo aos seus usuários receber e enviar dinheiro para bancos e outras instituições de pagamento.

Na prática, isso permitiu que instituições não-bancárias (como PagSeguro, Mercado Pago, Stone, Uber, iFood) pudessem ofertar contas para realização de pagamentos e transferências de recursos financeiros como alternativa ao domicílio bancário, a custo muito inferior, o que permitiu a inclusão financeira de desbancarizados, especialmente de estabelecimentos de pequeno porte e prestadores de serviços com baixo faturamento.

Possibilitando o acesso desses segmentos ao sistema financeiro, essas empresas puderam desenvolver produtos e serviços para atender demandas específicas desses segmentos, tradicionalmente de pouco interesse comercial dos bancos. Ao identificar uma parcela significativa de consumidores, com baixa penetração de serviços financeiros, algumas empresas identificaram oportunidades de gerar novas receitas atendendo a essa demanda e desenvolveram modelos de negócio voltados a esses segmentos, a exemplo da empresa PagSeguro.¹⁴

A companhia tem expandido seu portfólio de serviços, investindo no desenvolvimento de um ecossistema financeiro próprio e reduzindo a dependência dos comerciantes aos tradicionais serviços bancários, a partir de soluções como as operações de pré-pagamento.¹⁵ As operações são realizadas sem depender de serviços bancários, reduzindo os custos incorridos no sistema pela eliminação de intermediários na cadeia de pagamento e fornecendo uma alternativa mais barata aos empreendedores. O desenvolvimento desses modelos só foi viabilizado a partir da regulação jurídica do setor de pagamentos no Brasil, atraindo a competência regulatória do Banco Central.

Portanto, as próximas seções têm como objetivo analisar a regulação jurídica do segmento de meios de pagamentos, as atuações de Banco Central e Cade nesse mercado, e investigar a existência de uma relação com o aumento de inovação e competitividade observados na indústria brasileira de meios de pagamento.

4. A REGULAÇÃO JURÍDICA DO MERCADO DE MEIOS DE PAGAMENTO NO BRASIL

Instrumentos de pagamento ou meios de pagamento são dispositivos utilizados para comprar produtos/serviços ou para transferir recursos, como o cartão de débito ou de crédito, o boleto ou o telefone celular (BRASIL, 2019, p. 5). Em última instância, os meios de pagamento viabilizam o relacionamento entre compradores e vendedores no comércio de bens e serviços.

¹⁴ A PagSeguro é uma empresa do grupo Uol que surgiu inicialmente como subcredenciadora (atualmente a PagSeguro atua como credenciadora) habilitando estabelecimentos de pequeno porte e microempreendedores. A empresa inovou no mercado ao trazer o modelo de compra das maquininhas (comercialmente denominada Moderninha) aos estabelecimentos, anteriormente só disponíveis para aluguel e com elevado custo. O equipamento disponibilizado pela PagSeguro apresentava tamanho e custos menores comparados aos modelos oferecidos pelos concorrentes, o que resultou na expansão acelerada da empresa, especialmente entre os pequenos comerciantes.

¹⁵ As operações de pré-pagamento permitem a movimentação de recursos financeiros alocados nas contas criadas pelas instituições de pagamento, a partir do uso de cartão pré-pago ou aplicativo de telefone celular, permitindo que a receita obtida com a venda de produtos ou serviços, mediante a utilização de algum meio de pagamento eletrônico, seja depositada na conta de pagamento e o comerciante possa utilizar o saldo para realização de suas próprias compras.

Os meios de pagamento eletrônico¹⁶ são aqueles que dispensam um meio físico tradicional como dinheiro ou cheque para a consumação da transferência de valores do consumidor para o estabelecimento comercial ou para o prestador de serviço (CAVALCANTI; SANTOS, 2020, p. 15). Atualmente, os cartões de pagamento (crédito, débito e pré-pago) representam a principal modalidade de pagamento eletrônico. É preciso destacar, contudo, o crescimento de outras modalidades como as carteiras digitais ou eletrônicas (*wallets*)¹⁷ e, mais recentemente, o surgimento dos pagamentos instantâneos nas compras físicas ou *online*, que tem transformado o mercado por meio da desintermediação da cadeia de pagamento.

A transação de pagamento eletrônica é resultado de uma relação complexa que envolve vários agentes para a sua concretização. A atuação desses agentes é estruturada em forma de rede, que compõe um sistema de pagamento eletrônico ou rede de pagamento. Os organizadores dessa rede são denominados bandeiras, agentes que estruturam arranjos de pagamento.

Os arranjos de pagamento consistem em conjunto de regras e procedimentos que disciplinam a prestação de serviços de pagamento ao público.¹⁸ As transações realizadas em função das operações de compra e venda entre estabelecimentos comerciais ou prestadores de serviços e consumidores ocorrem em plataformas eletrônicas administradas pelos instituidores desses arranjos, que fornecem a rede de tecnologia que sustenta o sistema de pagamento. Existem dois tipos de arranjos de pagamento: aberto e fechado.

Os arranjos de pagamento aberto ou arranjo de quatro partes são aqueles em que qualquer banco ou instituição financeira podem se juntar à bandeira instituidora do arranjo mediante livre negociação, a exemplo dos arranjos instituídos por Visa e MasterCard. Os principais participantes do arranjo aberto são: os emissores¹⁹ (e.g. Itaú, Bradesco, Santander, BB, Nubank), as bandeiras²⁰ (e.g. Visa, MasterCard, Cielo, Hiper) e as credenciadoras ou adquirentes²¹ (e.g. Cielo, Rede, Stone, GetNet, PagSeguro).

Já no denominado arranjo fechado, ou arranjo de três partes (por ser formada por bandeira, estabelecimento e consumidor), uma única entidade presta os serviços de emissão e credenciamento. Algumas das entidades que atuam nesse modelo são American Express, Elo, Ticket e VR, estes últimos

16 Para os fins deste artigo, apenas os meios de pagamento eletrônicos serão abordados, uma vez que as principais transformações e tendências de mudança no mercado podem ser observados nessa modalidade de pagamento. Não se ignora, por outro lado, que os meios de pagamento eletrônicos representam um estágio da evolução do mercado alcançado mediante inovações tecnológicas que indicam o potencial transformador e conformador desse fator no mercado.

17 Carteiras digitais são meios de pagamento que permitem acesso a contas relacionados ao cartão de crédito ou débito para pagamentos e transferências em compras presenciais ou online, além de armazenar dados de pagamento, dispensando o uso do cartão de plástico. Diversas empresas de tecnologia passaram a oferecer esse produto, a exemplo da Apple Pay, Samsung Pay, Google Wallet, carteiras digitais disponíveis no mercado.

18 Art. 6º, inc. I, Da Lei nº 12.865/2013 (BRASIL, 2013).

19 Emissores são instituições financeiras habilitadas por bandeiras para emitir cartões das respectivas marcas. São responsáveis pela liberação do crédito aos portadores, efetuam a cobrança dos valores gastos e assumem o risco de crédito do portador perante o credenciador garantindo o pagamento. Cobram taxa das credenciadoras (determinada pela bandeira, conforme tipo de cartão, segmento do estabelecimento comercial e riscos de fraude).

20 Bandeiras são empresas que conectam credenciadores e emissores de cartão, autorizando transações e garantindo sua efetivação. São responsáveis pela definição e gestão das regras gerais de funcionamento do sistema de cartões de pagamento. Cobram taxa dos emissores e das credenciadoras.

21 Credenciadoras ou adquirentes são empresas responsáveis pela habilitação de estabelecimentos comerciais para aceitação dos cartões como meio de pagamento e a captura, processamento e liquidação das transações por meio dos terminais de vendas (maquininhas). Cobram taxa dos estabelecimentos pela prestação dos serviços.

que atuam no segmento de vouchers de alimentação. Portanto, a diferença em relação ao arranjo aberto é que no esquema fechado o agente intermediador entre bandeira e os consumidores finais (portador do cartão e estabelecimentos comerciais) é feita por um mesmo agente, eliminando a tarifa de intercâmbio repassada pelo emissor ao credenciador (BRASIL, 2019, p. 15). Além da quantidade de agentes envolvidos, há diferentes estruturas de precificação para operação dessas redes.²²

Com a expansão do comércio *online* (*e-commerce*), novas figuras passaram a integrar a cadeia de pagamentos, como os subadquirentes²³ (e.g. Sumup) ou facilitadores de pagamento²⁴ (e.g. Paypal). Esses agentes passaram a aumentar sua presença e relevância, sobretudo junto aos estabelecimentos de pequeno porte, em razão de sua maior acessibilidade, dada as menores exigências para prestação do serviço ao estabelecimento em comparação com as exigidas pelas credenciadoras (BRASIL, 2019, p. 15-16).

As subcredenciadoras exercem a função de intermediar as transações entre estabelecimentos e portadores em substituição das credenciadoras, trazendo vantagem aos estabelecimentos ao facilitar a comunicação com as credenciadoras sem necessidade de assumir uma relação contratual com estas, ao mesmo tempo que assumem as responsabilidades por repassar os valores de remuneração ao credenciador (BRASIL, 2019, p. 17-18).

Esses agentes têm desempenhado papel fundamental para viabilizar transações realizadas no contexto dos negócios de pequeno e médio porte. Nesse contexto, além das facilitadoras/subcredenciadoras, empresas não-financeiras que atuam na emissão de cartões surgiram com o avanço tecnológico dessa indústria, e passaram a atender esse segmento de consumidores ofertando novos produtos antes destinados a clientes corporativos de maior faturamento. Tais empresas são denominadas instituições de pagamento (IPs) e têm chamado a atenção pelo expressivo crescimento apresentado nos últimos anos e consequente pressão competitiva que tem gerado sobre os bancos no setor de emissão (BRASIL, 2019, p. 17-18).

Para o propósito deste artigo, destaca-se que muitas dessas IPs são classificadas como *fintechs* em razão dos modelos de negócios inovadores baseados no uso de tecnologia intensiva que impactaram significativamente o setor financeiro, incluindo o de meios de pagamento.

Embora o Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB) tenha como marco legal a Lei nº 10.214/2001, que permitiu a utilização das modalidades de pagamento via boleto, DOC, TED e DDA, o desenvolvimento das IPs se tornou possível a partir de 2013, quando entrou em vigor a Lei nº 12.865/13, que estabeleceu a competência de regulação do setor de meios de pagamento ao CMN e ao Banco Central, e regulamentou o funcionamento dos arranjos (conjunto de regras que disciplina o funcionamento do instrumento de pagamento) e instituições de pagamento (entidades que participam dos arranjos de pagamento), integrando-os ao SPB.

A definição do Banco Central como órgão regulador e a edição de normas para regulamentação do setor trouxe segurança jurídica ao mercado, atraindo mais investimentos e consolidando a

22 Para maiores informações cf. (BCB, 2010).

23 Subadquirentes são empresas que atuam na captação de transações e habilitação de pequenos lojistas e profissionais liberais. Conectam o estabelecimento e o setor de credenciamento. Não possuem contrato com as bandeiras, apenas com os credenciadores (Sumup, PinPag, Tecpay).

24 Facilitadores são agentes que possibilitam que os usuários cadastrados nos sites dessas empresas realizem suas operações financeiras sem repassar seus dados financeiros às lojas virtuais nas quais estão efetuando uma compra de bem ou serviço. O exemplo mais proeminente de facilitador é o Paypal.

participação de grupos, que passaram a captar recursos no mercado de capitais nacional e no exterior, para desenvolver novos modelos de negócios e expandir sua atuação no Brasil. Vale destacar que até então, somente instrumentos de pagamento emitidos por instituições financeiras estavam sujeitas à supervisão do Banco Central, além de não existirem regras específicas sobre o tema, o que resultava em limitação dos agentes que atuavam nesse segmento.

Nesse contexto, uma das medidas mais importantes para a transformação do mercado foi a regulamentação das instituições e contas de pagamento (contas de registro detidas em nome do usuário final de serviços de pagamento), por meio da Circular 3.680/2013, que viabilizaram a atuação de agentes não-bancarizados na oferta de alternativas aos serviços bancários, como a oferta de contas e operações de pré-pagamento.

Posteriormente, diversos atos normativos expedidos pelo Banco Central reforçaram princípios constantes na Lei nº 12.865/2013 para o orientar a supervisão e o funcionamento dos arranjos de pagamento.²⁵ Nesse sentido, vale destacar a previsão de interoperabilidade dos arranjos de pagamento (no próprio arranjo ou entre arranjos diferentes), a não discriminação no acesso de infraestruturas necessárias para a operação desses arranjos²⁶, além de medidas para reduzir barreiras à entrada e estimular a concorrência na antecipação de recebíveis²⁷ (BRASIL, 2019, p. 18-20).

Em 2014, a partir da Circular nº 3.721/2014, o Banco Central buscou implementar a padronização da agenda de recebíveis que permitisse a captura e o compartilhamento de informações sobre pagamentos entre credenciadores e bancos, contribuindo para a redução das barreiras à entrada no mercado de pagamentos.

Em 2015, destaca-se a Circular nº 3.765/2015 que determinou a centralização da liquidação dos arranjos de pagamento, contribuindo para a abertura do mercado de credenciamento, a partir do aumento da interoperabilidade e eficiência da gestão de riscos do mercado de pagamentos.

Em 2017, a promulgação da Lei nº 13.455/2017 e atos normativos regulamentadores fomentaram a concorrência entre diferentes instrumentos de pagamento, ao autorizar a diferenciação de precificação entre as diferentes modalidades e prazos de pagamento, estimulando especialmente o uso do cartão de débito (Circular nº 3.887/2018), a partir da imposição de teto para tarifa de intercâmbio de operações realizadas nessa modalidade (BRASIL, 2019, p. 20-21).

Em 2018, o CMN editou a Resolução nº 4.707/2018 para aperfeiçoar o mecanismo de trava bancária e a utilização dos recebíveis como garantias nas operações de crédito. A regra estabeleceu que o limite utilizado como garantia em operação de crédito contratado via antecipação de recebíveis não poderia exceder o saldo devedor, além de permitir que o remanescente pudesse ser empregado em novas operações de crédito, contribuindo para enfrentar a prática da trava do domicílio bancário. Ademais, a regulamentação facilitou a portabilidade de crédito e flexibilidade para que os estabelecimentos comerciais escolhessem os credenciadores e bancos na contratação de crédito via antecipação de recebíveis, fomentando esse tipo de operação no mercado.

O Banco Central regulamentou a utilização dos recebíveis como garantia de crédito por meio da Circular nº 3.928/2018, além da Circular nº 3.952/2019, estabelecendo que os recebíveis dos

25 Para uma análise das principais inovações regulatórias sob perspectiva normativa cf. NEASF (2019a) e NEASF (2019b).

26 Ver Resolução nº 4.282/2013, Circular nº 3.885/2018, 3.683/2013 e 3.721/2014.

27 Ver Resolução nº 4.707/2018, Circular n 3.928/2018 e Circular 3.854/2017.



varejistas fossem registrados em câmara registradora, independentemente do uso, com o objetivo de viabilizar a existência de garantias robustas que, por outro lado, não prejudicassem as condições de financiamento dos estabelecimentos comerciais.

Digno de nota ainda a Circular nº 3.854/2017 que estabeleceu a implantação efetiva da liquidação centralizada de arranjos de pagamento na Câmara Interbancária de Pagamentos (CIP), eliminando tratamento discriminatório na cobrança pela liquidação de valores praticada anteriormente pelos agentes incumbentes que detinham câmaras próprias e praticavam preços diferentes para concorrentes, o que acabava gerando custos diferenciados para os participantes do sistema.

Ainda em 2018, vale destacar a assinatura do Memorando de Entendimentos entre Cade e Banco Central estabelecendo uma agenda de cooperação entre as autarquias, para regulamentar de forma conjunta regras para análise de atos de concentração e apuração de infrações à ordem econômica envolvendo entidades sujeitas à regulação do Banco Central. A principal novidade trazida pelo memorando dizia respeito à prioridade do Banco Central para decidir atos de concentração considerados sistematicamente relevantes.

Como fruto deste memorando, as autarquias aprovaram conjuntamente o Ato Normativo Conjunto nº 1/2018 (BRASIL, 2018) estabelecendo procedimentos para coordenação das ações na defesa da concorrência do Sistema Financeiro Nacional, a partir do compartilhamento de informações, realização de reuniões entre os órgãos, regulamentação de procedimentos previstos para análise de atos de concentração e investigação de condutas anticompetitivas.

A atuação regulatória do Banco Central a partir das normas expedidas teve efeitos importantes no aumento da competitividade do setor. Nesse sentido, podem ser mencionados a ampliação dos agentes não verticalmente integrados no mercado, a redução do prazo e do custo para antecipação de recebíveis pelos estabelecimentos comerciais, com aumento da concorrência pela oferta desse serviço, além da introdução de novos modelos de negócios pelas *fintechs* como a oferta de contas de pagamento com cartões pré-pago, que contribuíram para a inclusão financeira de desbancarizados e atendimento de varejistas com menor porte financeiro.

Além da regulação jurídica por meio de atividade normativa, as atuações de Cade e Banco Central colaboraram para a abertura desse mercado ao intervir em práticas e políticas comerciais com potencial anticompetitivo adotadas por agentes com poder econômico, contribuindo de forma significativa para o aumento da competitividade do setor, tal como indicado pelos exemplos mencionados. O próximo capítulo tem como objetivo destacar algumas dessas importantes atuações a partir da descrição de casos analisados pelas autoridades.

5. A TRANSFORMAÇÃO NA INDÚSTRIA DE MEIOS DE PAGAMENTO NO BRASIL: A ATUAÇÃO REGULATÓRIA E CONCORRENCIAL

No Brasil, o mercado de meios de pagamento eletrônico passou por profundas transformações até que chegasse ao atual estágio. Embora desde 1954 o cartão de crédito estivesse disponível no país, foi a partir da estabilização econômica decorrente da implementação do Plano Real que se observou uma expansão dessa indústria, com crescimento do número de emissores de crédito aos portadores via cartão e aceitação dos cartões de crédito no varejo (CAVALCANTI; SANTOS, 2020, p. 22-25). Vale destacar, no entanto, que até 2010, o mercado de credenciamento era formado por um

duopólio entre Redecard (atual Rede) e Visanet (atual Cielo).

A Redecard, empresa que tinha como principais acionistas as empresas Citibank, Itaú, e Unibanco, era a credenciadora exclusiva para captura de transações realizadas por cartões com a bandeira MasterCard, enquanto a Visanet, empresa que tinha como principais acionistas o Bradesco, Banco do Brasil, ABN e Visa, tinha uma relação de exclusividade com a bandeira Visa, tornando a estrutura de arranjos de pagamento verticalizada e criando barreiras à entrada para concorrentes no segmento de credenciamento e bandeira (BCB, 2010).

Na prática, isso significava que cada estabelecimento comercial precisava contratar os serviços de credenciamento e alugar os equipamentos de captura (popularmente chamadas maquininhas) de Redecard e Visanet, para que pudesse aceitar cartões das bandeiras Master e Visa, respectivamente. No contexto brasileiro, diversos estabelecimentos não tinham recursos para contratar os dois serviços e o consumidor passava a ter menos opções para a realização de pagamentos utilizando o cartão como meio de pagamento. Isso também implicava o fechamento do mercado de credenciamento, uma vez que não havia outras bandeiras com capacidade para contestar Visa e Mastercard, o que impedia o surgimento de concorrentes para Redecard e Visanet.

Em dezembro de 2009, a Visanet celebrou um Termo de Compromisso de Cessação (TCC) com o Cade no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.005328/2009-31, comprometendo-se a encerrar a prática de exclusividade contratual existente com a bandeira Visa, de modo que outros credenciadores pudessem aceitar a bandeira Visa e a Visanet aceitasse acordos com outras bandeiras. Na oportunidade, a Mastercard já havia encerrado sua relação contratual de exclusividade junto à Redecard, embora na prática ainda existisse uma exclusividade de fato (FROUFE, 2009).

A partir dessas investigações e elaboração de relatório conjunto entre Banco Central, Secretaria de Direito Econômico (SDE) e Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) sobre a indústria de cartões de pagamento (2010), o Banco Central reconheceu diversos entraves concorrenciais no setor, incluindo os acordos de exclusividade do segmento. Ainda assim, na oportunidade, o Banco Central não supervisionava os arranjos de pagamento instituídos pelas bandeiras e instituições de pagamento, por não serem enquadradas como instituições financeiras, sujeitas à sua regulação, que somente veio a ocorrer com a promulgação da Lei nº 12.865/2013.

Por meio da Lei nº 12.865/2013, o Banco Central passou a exigir divulgação das regras elaboradas pelas bandeiras na estruturação de seus arranjos de pagamentos. Desse modo, com o fim da exclusividade contratual, a obrigação de multiadquirência e o aumento da transparência exigida pelo Banco Central, estabeleceram-se as condições para abertura do mercado de credenciamento, resultando na entrada de novas empresas, como a Stone, o PagSeguro e a GetNet²⁸.

Não obstante, investigações posteriores conduzidas pelo Cade no mercado de meios de pagamentos revelou que práticas comerciais anticompetitivas relacionadas aos acordos de exclusividade, recusa de contratar, tratamento discriminatório e venda casada poderiam estar sendo exercidas por empresas incumbentes e que deveriam ser objeto de maior aprofundamento (BRASIL, 2019).

O Caderno de Instrumentos de Pagamento elaborado pelo Cade (BRASIL, 2019, p. 102-138) apresenta diversos exemplos de condutas anticompetitivas investigadas relacionadas a essas práticas entre 1995 e 2019. Embora não tenham sido identificados casos de condenação nas 14 investigações

instauradas, a maioria resultou em acordos administrativos por meio de TCCs, que incluíam dentre outros compromissos, a cessação das práticas que estavam sendo investigadas, ainda que sem confissão de culpa. Esses resultados indicam que a atuação da autoridade concorrencial foi relevante para a disciplina de comportamentos dos agentes do setor, embora existam críticas relacionadas à ausência de decisões de mérito finais que apresentassem com maior clareza e detalhamento o entendimento que o Cade possui sobre as práticas investigadas.

A maioria das práticas investigadas tinha como ponto comum o tratamento discriminatório baseado na existência de verticalização de alguns agentes econômicos, geralmente associados a conglomerados financeiros de agentes incumbentes, que se utilizavam de sua estrutura e poder financeiro para beneficiar empresas do seu próprio grupo a partir de condições comerciais mais benéficas em comparação às condições aplicadas a seus concorrentes, que acabava por aumentar seus custos de operação e/ou criavam incentivos econômicos para que os agentes da cadeia de serviço e consumidores permanecessem contratando com as empresas verticalmente integradas dos agentes incumbentes.

Em última análise, observa-se que essas práticas tinham como aspecto principal dificultar que os clientes migrassem entre diferentes instituições bancárias e financeiras, criando mecanismos que tornasse mais vantajoso contratar os produtos financeiros, sobretudo operações de crédito, com as empresas de um mesmo grupo econômico, fenômeno viabilizado e reforçado pela atuação verticalizada desses grupos na indústria dos instrumentos de pagamentos.

Como exemplos, é possível mencionar investigações que tiveram como objeto a operação de antecipação de recebíveis, ativos oferecidos como garantias para contratação de operações de crédito, sobretudo como capital de giro, mediante o pagamento de uma taxa de desconto incidente sobre o valor antecipado. Com o encerramento da exclusividade entre bandeiras e credenciadoras, estabeleceram-se condições para uma disputa entre credenciadoras com a diminuição das taxas para antecipação de recebíveis, bem como problema de fragilização das garantias pela troca de adquirentes pelos estabelecimentos comerciais, que foram enfrentadas por meio de autorregulação a partir de mecanismos como a trava bancária. Nesse contexto estão inseridas as investigações conduzidas pelo Cade.

No âmbito do Procedimento Preparatório nº 08700.000018/2015-11 instaurado em 2015, o Cade investigou a imposição de dificuldades praticadas pelos principais bancos para impedir a leitura da agenda de recebíveis (registro das vendas realizadas por operações de créditos pelos estabelecimentos comerciais) de credenciadores menores não integrantes de seus grupos econômicos, informação necessária para que os lojistas pudessem ter acesso a linhas de crédito mais baratas junto a outras instituições. Assim, esses estabelecimentos que contratavam com credenciadores menores não conseguiam antecipar seus recebíveis junto aos principais bancos, o que criava incentivos para que contratassem serviços de credenciamento das empresas integrantes do grupo econômico desses bancos, criando barreiras à entrada de concorrentes no segmento de adquirentes.

O procedimento acabou sendo arquivado por meio de TCCs firmados com as investigadas Itaú Unibanco S.A. e Hipercard Banco Múltiplo S.A., Elo Participações S.A. e Elo Serviços S.A., estabelecendo a proibição de relações de exclusividade que inviabilizassem a participação de credenciadoras concorrentes na captura de transações das bandeiras desses grupos, além de a obrigação de não discriminar credenciadoras concorrentes para captura de transações realizadas com cartões de

créditos nos arranjos estruturados pelas bandeiras desses grupos.

Não obstante, considerando as informações recebidas no âmbito desse procedimento, o Cade instaurou o Inquérito Administrativo nº 08700.001860/2016-51 em 2016, com o objetivo de investigar outras práticas anticompetitivas voltadas ao fechamento do mercado de credenciamento, a partir de práticas discriminatórias e recusa de contratar com credenciadoras concorrentes dos grupos econômicos dos principais bancos.

As condutas investigadas tratavam da trava de domicílio bancário (como mecanismo de impedir a migração de fluxo de recebíveis a outras instituições, mesmo sem operações de créditos ativas a justificar sua utilização); práticas de retaliação (elevação de taxas de desconto e para operações de crédito, aplicações de penalidades em caso de contratação de serviços com concorrentes) e venda casada (obrigatoriedade de abertura de contas correntes como condição para aceitação de bandeiras); discriminação da cobrança de tarifas de liquidação e de trava bancária (cobranças discriminatórias baseadas em representatividade de volume transacionado que aumentava os custos incorridos pelos agentes de menor porte); e contratos de incentivo (condições que aumentam os custos de saída dos estabelecimentos comerciais).

O inquérito foi arquivado em razão da celebração de TCCs pelos grupos investigados, que resultaram no recolhimento de contribuições pecuniárias, cessação das práticas investigadas, combinado com compromissos de natureza comportamental, que visavam coibir práticas discriminatórias e exclusionárias, para viabilizar a migração do fluxo de recebíveis entre diferentes instituições, permitindo o desenvolvimento de agentes não verticalizados e oferecendo alternativas de escolha aos estabelecimentos comerciais, além de estabelecer balizas fundadas em racionalidade econômica e proporcionalidade relativamente às políticas comerciais sobre trava de domicílio bancário, contratação conjunta de produtos e incentivos para fidelização do cliente.

Mais recentemente, em 2020, vale destacar a parceria comercial entre o Facebook (Meta)/ WhatsApp e a Cielo na plataforma WhatsApp que permite o pagamento de bens e serviços, bem como a transferência de recursos entre usuários de WhatsApp, bastando a existência de uma conta bancária atrelada a um cartão de débito, crédito ou múltiplo das bandeiras MasterCard ou Visa vinculada a um dos bancos parceiros.²⁹

Na oportunidade, a parceria comercial chamou a atenção do Cade³⁰ e do Banco Central³¹,

29 O WhatsApp informa a seguinte lista de bancos parceiros: Banco BRB (débito Mastercard); Banco do Brasil (Visa); Banco Inter (Mastercard); Banco Original (Mastercard); Bradesco (Visa); BTG+ (Mastercard); Caixa (débito virtual Visa); Itaú (débito Mastercard e Visa); Mercado Pago (Visa); Neon (Visa); Next (Visa); Nubank (Mastercard); San-tander (Mastercard e Visa); Sicoob (Mastercard); Sicredi (Mastercard e Visa); Woop (conta digital da Sicredi, Visa). Para mais informações sobre a funcionalidade ver https://www.whatsapp.com/payments/br?lang=pt_br. Acesso em 22 nov. 2023.

30 O Cade divulgou comunicado informando sobre a imposição de medida cautelar para suspender a parceria anunciada no Brasil, reproduzindo os seguintes fundamentos da decisão: "A despeito do estágio inicial de apuração dessa operação, há potencialmente consideráveis riscos à concorrência que merecem ser mitigados ou evitados via inter-venção deste Conselho, considerando que os efeitos podem derivar da operação em questão e causar danos irreparáveis ou de difícil reversibilidade nos mercados afetados. Ainda que não se tenha uma certeza sobre os efeitos, pelo dever de cautela, cabe adoção de ações para resguardar a coletividade de possíveis efeitos negativos". Ver (CADE SUSPENDE..., 2022).

31 O Banco Central divulgou nota sobre a decisão de suspensão dos efeitos da parceria nos seguintes termos: "A motivação do BC para a decisão é preservar um adequado ambiente competitivo, que assegure o funcionamento de um sistema de pagamentos interoperável, rápido, seguro, transparente, aberto e barato. A medida permitirá ao BC avaliar eventuais riscos para o funcionamento adequado do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB) e verificar a observância dos princípios e das regras previstas na Lei nº 12.865, de 2013. O eventual início ou continuidade das operações sem a prévia análise do Regulador poderia gerar danos irreparáveis ao SPB notadamente no que se refere à competição, eficiência e privacidade de dados". Ver

que suspenderam os efeitos da parceria anunciada em 15 de junho de 2020³², diante de potenciais preocupações concorrenciais e regulatórias que poderiam decorrer desse acordo.

Embora posteriormente, Cade³³ e Banco Central³⁴ tenham autorizado o início da parceria com a prestação da solução de pagamentos WhatsApp Pay (atual Meta Pay), vale destacar que as motivações indicadas pelas autoridades indicaram preocupações com a preservação da estrutura e condições competitivas do mercado de meios de pagamento, seja pela potencial produção de danos irreversíveis ou de difícil reversibilidade nos mercados afetados, seja pela necessidade de preservar um sistema de pagamento competitivo, interoperável, aberto, barato, seguro e transparente.

A medida cautelar imposta pelo Cade se baseou nos potenciais riscos concorrenciais decorrentes da ausência de informações detalhadas sobre a operação, o porte e poder de mercado das empresas envolvidas – parceria abrangia a líder do mercado de credenciamento no Brasil e uma empresa com extensa base de clientes (120 milhões de usuários) – o histórico de investigações sobre práticas anticompetitivas no mercado de meios de pagamento envolvendo a Cielo e a possível existência de exclusividade contratual ou de fato que poderia resultar em condutas discriminatórias e fechamento de mercado.³⁵

O comunicado do Banco Central que informou a suspensão da parceria anunciada para análise, embora não mencione expressamente a preocupação com o início da vigência do Pix³⁶ – sistema de pagamentos instantâneos desenvolvido pelo Banco Central –, que ocorreria em novembro de 2020 (de 4 a 5 meses após o anúncio oficial da parceria entre Meta/Facebook e Cielo), fundamenta a necessidade de preservar um sistema de pagamentos aberto e competitivo. Além das questões concorrenciais, o Banco Central parece ter tido uma preocupação regulatória com a estrutura do mercado de meios de pagamentos, sobretudo em razão das mudanças promovidas pelos instrumentos de pagamento instantâneos e o seu potencial transformador na indústria (KIRA; GONÇALVES; COUTINHO, 2020).

A criação de um sistema controlado por agentes privados, que concorresse com o Pix poderia frustrar a implementação do modelo de sistema aberto concebido pelo Banco Central para aumentar a concorrência do mercado brasileiro.³⁷ Considerando os efeitos de rede decorrentes da adesão dos

(NOVA SOLUÇÃO..., 2020).

32 Cf. comunicado de mercado divulgado pela Cielo, disponível em: <https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/4d1ebe-73-b068-4443-992a-3d72d573238c/1e563289-a09a-e72a-ac1d-3ef76b1849b7?origin=1>. Acesso em 22 nov. 2023.

33 Em 30/06/2020, o Cade divulgou comunicado esclarecendo que revogou a medida cautelar que suspendeu os efeitos da parceria para operação do WhatsApp Pay diante das informações prestadas pelas empresas, que afastaram as preocupações concorrenciais identificadas num primeiro momento, como a possível existência de exclusividade entre as empresas e o fato de a operação associar a líder do mercado de credenciamento no Brasil (Cielo) com a base de usuários do WhatsApp no Brasil (120 milhões, a segunda maior do mundo), que poderia resultar em preocupações de fechamento de mercado de credenciamento e captura de transações. O Cade informou que ainda analisa a necessidade de as empresas notificarem a operação para análise prévia. Ver (CADE REVOGA..., 2022).

34 Em 30/03/2021, o Banco Central divulgou nota informando a autorização para funcionamento da solução What-sApp Pay, ressaltando, contudo, que os arranjos de compra, com a função de pagamentos de bens ou serviços em compras junto aos estabelecimentos comerciais pela plataforma WhatsApp, ainda estão suspensos e se encontram sob análise do Banco Central. Ver (BC AUTORIZA..., 2021).

35 Para mais detalhes ver Nota Técnica nº 6/2020/ SG (SEI 0770967) no âmbito do APAC nº 08700.002871/2020-34.

36 O Banco Central estabeleceu que a adesão ao Pix será obrigatória para as maiores instituições financeiras e de pagamentos (instituições autorizadas a funcionar pelo Bacen e que tenham mais de 500 mil contas de clientes ativas), com o objetivo de que o Pix seja efetivamente ofertado a grande parcela da população. Ver (O QUE É PIX?, [2023]).

37 Conforme indicado pelo Banco Central (O QUE É PIX?, [2023]).

usuários a uma das plataformas, é provável que o Banco Central tenha se preocupado em garantir que o Pix tivesse uma adesão grande por parte dos usuários brasileiros, evitando que sistemas de pagamento fechado dominassem o mercado de pagamentos digitais.

Considerando o momento em que a operação do WhatsApp Pay (atual Meta Pay) foi autorizada (4 meses após início de funcionamento do Pix), é razoável assumir que o Banco Central teve uma preocupação quanto ao possível efeito dessa solução de pagamento na implementação do Pix, dentre outras preocupações regulatórias como a segurança e o tratamento dos dados financeiros e o grau de interoperabilidade da plataforma.

No cerne dessas preocupações, vale observar a experiência da China, em que o uso do dinheiro físico migrou rapidamente para os pagamentos digitais por aplicativos de smartphones e captura de transações por QR Code. O mercado de pagamentos digitais chinês é formado por um duopólio no qual dois grandes conglomerados chineses controlam cerca de 92% do mercado de pagamentos digitais. O Alipay, segmento financeiro do grupo Alibaba, lidera o mercado de pagamentos corporativo, enquanto o WeChat Pay, empresa do grupo Tencent, lidera o mercado de transferências entre usuários. Em conjunto, as carteiras digitais dessas empresas representam metade dos pagamentos realizados nas lojas e quase três quartos das vendas *online* na China (THE FINANCIAL, 2020).

Assim, não é sem razão que Mazzucato (2018) adverte que a dinâmica expressa com a inovação nos mercados, a partir da adoção antecipada de padrões e efeitos de rede que tendem para o domínio de mercado, tem impactos significativos sobre como o valor criado é compartilhado e mensurado. A autora entende o papel da regulação como um processo que deve ser conduzido no sentido de produzir os melhores resultados para a sociedade. Verifica-se, portanto, um elemento valorativo importante na decisão regulatória, que no caso dos meios de pagamento instantâneos, indica a preferência regulatória por um sistema de pagamentos aberto e interoperável, privilegiando a entrada de diferentes agentes e o aumento da competitividade no setor (KIRA; GONÇALVES; COUTINHO, 2020)³⁸.

Assim, a atuação do Cade e do Banco Central no mercado brasileiro de meios de pagamento são exemplos de como estruturas de mercado concentradas podem ser modificadas para aumentar a competitividade do setor e fomentar o desenvolvimento de inovações tecnológicas na indústria. A entrada de agentes econômicos, dispostos a investir em novas tecnologias, expansão de seus negócios no Brasil e que tenham efetiva capacidade de acirrar a concorrência no mercado brasileiro, precisam contar não apenas com segurança jurídica das regras do jogo, mas com a atenção e atuação dos órgãos de regulação e concorrência acerca das estruturas de mercado em que se observam o desenvolvimento das inovações.

Não é sem razão que o Banco Central tem se empenhado na implementação do Pix. O potencial transformador do Pix é significativo, pois tende a modificar a indústria dos meios de pagamento, promovendo novos modelos de negócios, a redução de custos da intermediação financeira, a redução da dependência de serviços bancários tradicionais, os custos associados com a

38 Ao analisar a parceria entre Facebook e Cielo, os autores Kira, Gonçalves e Coutinho (2020) destacam dois princípios regulatórios importantes para análise de mercados em que atuam grandes plataformas digitais. Primeiro, a garantia de interoperabilidade que permita a concorrentes oferecer seus serviços na plataforma, além de contratar com ela, impedindo que os proprietários da infraestrutura estabeleçam unilateralmente os padrões de interoperabilidade. Em segundo, o princípio da neutralidade tecnológica, impedindo que a regulação esteja orientada por um tipo particular de tecnologia e que direcione o mercado para um modelo de negócios específico. Na opinião dos autores, o Pix seria “um instrumento fomentador da interoperabilidade e neutralidade tecnológica no sistema brasileiro de pagamentos”, sendo um bom exemplo de infraestrutura desenvolvida e administrada a partir da regulação estatal.

circulação da moeda física, bem como tende a substituir modalidades de pagamento e transferência de recursos populares como boleto, cartão de débito, TED e DOC.

Com efeito, desde seu lançamento em novembro de 2020, o Pix tem sido amplamente adotado no Brasil, especialmente pelas pessoas naturais, como meio de pagamento e transferência de recursos. Segundo Relatório de Economia Bancária do Banco Central (BCB, 2022, p. 181), em 2022, o Pix superou a marca de R\$ 24,1 bilhões de transações (ante R\$ 9,4 bilhões em 2021), com volume de R\$ 10,9 trilhões (ante R\$ 5,2 trilhões em 2021). Ainda segundo o Relatório (BCB, 2022, p. 191), a utilização do Pix para recebimento de recursos por parte de empresas, negócios informais e entes governamentais apresentou crescimento expressivo em 2022, representando 57% das transações recebidas e liquidadas, e tendo como maior adesão os empreendimentos de pequeno porte, especialmente do comércio varejista e de alimentação. Em termos regionais, a região Norte, seguida pela Centro-Oeste, apresentaram maior crescimento na utilização do Pix para recebimento de recursos relativamente à população.

A atuação do Banco Central tem indicado uma crescente convergência entre a regulação e a concorrência, no sentido de que a implementação de políticas regulatórias com fomento da concorrência, diminuição de barreiras à entrada e concentração bancária podem implicar maior estabilidade financeira ao sistema. Interessante notar que essa aproximação diverge historicamente da associação entre concentração bancária e estabilidade financeira (TAKAR, 2017).³⁹

Não obstante, embora as *fintechs* tenham promovido maior competitividade, inclusão financeira e acesso ao crédito atendendo diferentes perfis de consumidores e introduzindo novos modelos de negócios, produtos e serviços, também é verdade que impõem novos riscos e incertezas que podem vir a impactar a estabilidade financeira do sistema no futuro, devendo ser objeto de análise prospectiva da regulação prudencial e sistêmica (VIANNA, 2019, p. 93-94). Especificamente no mercado de instrumentos de pagamento, a regulação setorial⁴⁰ exige que o SPB observe parâmetros de segurança, integridade e confiabilidade das câmeras e dos prestadores de serviços das atividades de compensação e liquidação, no qual:

[...] deve, assim, haver um necessário equilíbrio entre todos os princípios aplicáveis ao setor, o que pode significar, na prática, a aceitação de um nível menor de concorrência em relação às infraestruturas de pagamento, para não se colocar em risco sua segurança, integridade e confiabilidade (HELLWIG, 2023, p. 408).

Assim, com o objetivo de prevenir riscos de caráter sistêmico, diversas autoridades passaram a instituir ferramenta regulatória denominado *sandbox* regulatório, dada seu caráter experimentalista, que confere flexibilidade para permitir a adaptação do arcabouço normativo regulatório em face das mudanças promovidas pela tecnologia, de maneira a mitigar a ocorrência de desconexão regulatória e, por conseguinte, reduzir riscos sistêmicos, enquanto fomenta a inovação tecnológica e a competitividade no mercado (VIANNA, 2019, p. 119). O próximo capítulo tem com objetivo abordar como essa ferramenta tem sido utilizada no Brasil como forma de enfrentar o

39 “A concentração aumenta o nível de segurança do sistema bancário porque minimiza principalmente o risco de pequenas instituições quebrarem em momentos de crise ou de grande desconfiança no mercado. Por outro lado, uma menor quantidade de bancos restringe as opções para empresas e pessoas conseguirem empréstimos para consumir ou investir na produção”.

40 Art. 3º da Resolução CMN nº 4.952/2021.

desafio de equilibrar concorrência, inovação e estabilidade sistêmica, tomando como análise de caso projetos relacionados ao setor de instrumentos de pagamento.

6. O USO DO SANDBOX REGULATÓRIO NO SETOR DE PAGAMENTOS NO BRASIL

O Banco Central tem adotado o *sandbox* regulatório como parte das iniciativas adotadas para fomentar a competitividade do setor financeiro, conforme previsto no planejamento estratégico indicado na Agenda BC #. Adicionalmente, na dimensão de competitividade da agenda, outras duas iniciativas em curso, o Pix e *Open Finance*, estão sendo implementadas.

O instituto do *sandbox* tem sido adotado como instrumento regulatório por diversas jurisdições⁴¹, sobretudo no mercado financeiro, justamente pela capacidade de antecipar tendências, identificar perfis de modelos inovadores que estão surgindo no mercado, bem como monitorar o seu funcionamento, fornecendo informações para um processo fundamentado de escolhas regulatórias (FCA, 2015, p. 2)⁴².

O *sandbox* é um conceito apropriado da ciência da computação, que tem como premissa o experimentalismo regulatório e implica a criação e utilização de um ambiente controlado para a realização de testes, protegendo o sistema dos potenciais danos decorrentes da implementação de novas soluções no ambiente. O *sandbox*, como instrumento de regulação no setor financeiro, tem como principal objetivo fomentar a inovação financeira e aumentar a competitividade, ao mesmo tempo em que assegura a estabilidade financeira e o equilíbrio sistêmico do setor⁴³.

Na prática, trata-se de uma ferramenta regulatória que viabiliza experimentos, como permitir a oferta de produtos e serviços ao público, por período limitado (caráter temporário), sem que as empresas estejam expostas às restrições e consequências da regulamentação vigente (isenção regulatória temporária). Esse modelo tem sido utilizado para testar o uso de novas tecnologias e soluções de produtos e serviços desenvolvidos e seus impactos em um cenário controlado (monitoramento constante e delimitação do escopo e exigência de salvaguardas), que permita aos agentes privados e ao agente regulador aprender mais rapidamente com os eventuais fracassos, as tendências de mercado e riscos regulatórios e sistêmicos decorrentes, reduzindo o tempo para compreensão, maturação e implementação das soluções desenvolvidas no mercado (VIANNA, 2019, p. 128-133).

A utilização do *sandbox* regulatório cria um espaço de colaboração entre os agentes

41 Além do Reino Unido, onde o *sandbox* regulatório teve sua origem, esse instrumento regulatório é utilizado na Austrália, Canadá, e em alguns países da África e do Oriente Médio. Ver (SANDBOX REGULATÓRIO, [2023]).

42 O Reino Unido foi a primeira jurisdição a implementar o *sandbox* regulatório. Em 2015, o *Financial Conduct Authority (FCA)*, órgão regulador financeiro do Reino Unido, publicou um estudo denominado “*Regulatory Sandbox*”, que definiu o *sandbox* nos seguintes termos: “*A regulatory sandbox is a ‘safe space’ in which businesses can test innovative products, services, business models and delivery mechanisms without immediately incurring all the normal regulatory consequences of engaging in the activity in question*” (FCA, 2015, p. 1).

43 “É no contexto de inovação rápida e constante que o regulador financeiro procura se posicionar, com foco em uma regulação equilibrada que, de um lado, não iniba as inovações, mas, de outro, não enseje riscos desproporcionais para os usuários e clientes e para a estabilidade do sistema financeiro. No rol de alternativas do regulador diante desse desafio destacam-se, dentre outras, a constituição de ambientes controlados para testes no mercado de modelos de negócio inovadores também do ponto de vista normativo (*Sandbox* regulatório), integração do menu de licenças para funcionamento aos modelos de negócio efetivamente praticados, criação de licenças específicas, regulação de parcerias entre *fintechs* e instituições financeiras e a adaptação das normas gerais de funcionamento e de atendimento e relacionamento com os clientes e usuários para o ambiente digital e virtual” (BCB, 2021, p. 170).

envolvidos, proporcionando benefícios para as empresas, agentes reguladores e, indiretamente, aos consumidores, sob a forma de produtos e serviços melhores. Sob a perspectiva das empresas, o instrumento resulta em significativa redução de custos e riscos empresariais e regulatórios, uma vez que as empresas podem testar provisoriamente produtos e serviços, sem se sujeitar imediatamente às limitações e burocracias das normas vigentes, bem como obter orientações a respeito da regulamentação da atividade que, em tese, tende a diminuir os riscos relacionados à insegurança jurídica e pode facilitar a captação de investimentos por essas empresas no mercado (RANGEL, 2022, p. 157; MOURA; COSENTINO, 2019;).

Esse modelo favorece especialmente empreendedores que assumem o risco atrelado ao investimento em inovação e precisam validar o modelo de negócio por meio de sua implementação efetiva, fornecendo produtos e serviços temporariamente a clientes reais, como é o caso de diversas *fintechs*. Para o agente regulador, o uso do *sandbox* permite o acesso antecipado à tecnologia em sua fase de desenvolvimento, permitindo compreender melhor o modelo de negócios, antecipar os potenciais riscos no mercado, fornecendo informações para o processo de decisão regulatória, seja pela necessidade de mudanças, adaptações ou manutenção das normas vigentes (RANGEL, 2022, p. 157; MOURA; COSENTINO, 2019).

Ao fomentar a inovação, a cooperação entre agentes públicos e privados, além de prover um ambiente para o monitoramento de riscos sistêmicos, o modelo do *sandbox* regulatório tem sido adotado por outras jurisdições como resposta aos desafios impostos pelas constantes transformações observadas nos mercados financeiros, uma vez que ajuda a mitigar a diferença entre as mudanças decorrentes das inovações tecnológicas e as escolhas regulatórias adotadas.

No Brasil, a implementação e fiscalização das normas regulatórias no setor financeiro compreende diferentes agentes reguladores especializados, como o Banco Central (sistemas financeiro e de pagamentos), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) (mercado de capitais) e a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) (seguros privados). Assim, no contexto brasileiro, um dos principais desafios é o desenvolvimento de um ambiente regulatório do mercado financeiro que seja integrado e não resulte em regras, exigências e diretrizes conflitantes, que aumentem a insegurança jurídica do setor e dificultem o desenvolvimento de uma abordagem regulatória flexível, uniforme, de integração e equidade para aplicação da regulamentação (BARBOSA, 2019 apud RANGEL, 2022, p. 159).

Ao que tudo indica, os agentes envolvidos estão atuando para atender a esse desafio, a exemplo do comunicado conjunto assinado em 13 de junho de 2019, pela Secretaria da Fazenda do Ministério da Economia, o Banco Central, a CVM e a SUSEP, tornando pública a intenção de implementar um modelo de *sandbox* regulatório no Brasil. Cada um dos órgãos reguladores é responsável por avaliar projetos que estão sob sua competência regulatória, havendo previsão de coordenação de projetos que tratem de produtos ou serviços que afetem a esfera regulatória de mais de um dos agentes reguladores mencionados.⁴⁴ O instituto do *sandbox* foi previsto na Lei Complementar 182/2021 que estabeleceu os parâmetros legais para implementação de ambiente regulatório experimental no Brasil⁴⁵ e, para essa finalidade, permitiu que entidades reguladoras afastassem a incidência de

⁴⁴ Esses programas foram estruturados a partir de relatório contendo diretrizes gerais elaborado pelo grupo de trabalho sobre *fintechs* do Laboratório de Inovação Financeira (LAB), projeto envolvendo a Associação Brasileira de Desenvolvimento (ABDE), o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e a CVM. O relatório foi apresentado em 2019 e está disponível em (LAB, 2019).

⁴⁵ Art. 2º Para os efeitos desta Lei Complementar, considera-se: II - ambiente regulatório experimental (sand-box

normas sob sua competência relativamente às entidades reguladas⁴⁶.

Especificamente no caso do Banco Central, o *sandbox* regulatório teve início em 2021⁴⁷ e contou com um total de 52 projetos inscritos no primeiro trimestre do ano, que serão analisados e selecionados por um Comitê Estratégico de Gestão⁴⁸, a partir de parâmetros definidos pelo Banco Central.⁴⁹ No relatório de gestão da 1ª edição do *sandbox*, o Banco Central selecionou sete projetos que se enquadravam nos temas prioritários estabelecidos pela autarquia voltados para oferta de crédito, mercado de capitais, inclusão financeira, câmbio, Pix, *Open Finance*, finanças sustentáveis e aumento de competição no SPB e no SFN (BCB, 2022b, p. 6)⁵⁰.

Dentre os projetos autorizados a participar do *sandbox* regulatório relacionados a experimentalismos no setor de pagamentos, destaca-se aplicação destinada a realizar operações de pagamento na modalidade crédito, à vista ou de forma parcelada sem juros, utilizando as funcionalidades do Pix, viabilizando a aquisição de bens e serviços com a utilização do cartão de crédito mediante leitura de QR Code gerado por aplicativo de smartphone (BCB, 2022b, p. 12).

A solução permitirá que o estabelecimento comercial receba os recursos de forma simultânea e à vista o que tende a reduzir custos para estabelecimentos que realizam a antecipação de recebíveis das vendas realizadas na modalidade crédito e que necessitam dos recursos em conta para financiar suas operações, tornando essa operação mais competitiva no mercado.

Outro projeto selecionado consiste em plataforma para movimentação de valores entre duas ou mais contas, mediante a transferências de recursos para contas temporárias ou de liquidação para realização de pagamentos diferidos, condicionadas por cláusulas suspensivas, a partir do desenvolvimento de soluções que aumentam a segurança para realização desse tipo de transações (BCB, 2022b, p. 14).

regulatório): conjunto de condições especiais simplificadas para que as pessoas jurídicas participantes possam receber autorização temporária dos órgãos ou das entidades com competência de regulamentação setorial para desenvolver modelos de negócios inovadores e testar técnicas e tecnologias experimentais, mediante o cumprimento de critérios e de limites previamente estabelecidos pelo órgão ou entidade reguladora e por meio de procedimento facilitado.

46 Art. 11. Os órgãos e as entidades da administração pública com competência de regulamentação setorial poderão, individualmente ou em colaboração, no âmbito de programas de ambiente regulatório experimental (*sandbox* regulatório), afastar a incidência de normas sob sua competência em relação à entidade regulada ou aos grupos de entidades reguladas

47 Os requisitos para instauração e execução pelo Bacen do Ciclo 1 do *Sandbox* Regulatório foram regulamentados pela Resolução nº 50/20. Ver [Resolução BCB nº 50 de 16/12/2020](#). Acesso em 22 nov. 2023.

48 O Comitê foi instituído pela Resolução nº 77/21 e é formado por diferentes chefes de departamento do Bacen. Entre as competências consta a autorização para participação de entidades no projeto; a requisição de informações complementares dos projetos inscritos; deliberação sobre adoção ou alteração de requisitos técnicos, operacionais, ou de negócios dos projetos selecionados e organizacionais dos participantes; elaborar relatório com o resumo das deliberações adotadas e o desempenho dos projetos em curso; decidir sobre o cancelamento de projetos. Ver (SANDBOX REGULATÓRIO, [2023]).

49 Diversas entidades, ainda que não reguladas pelo Banco Central, como associações, cartórios, empresas estatais e privadas podem inscrever projetos. Contudo, é necessário que esses projetos se enquadrem dentro do conceito de projeto inovador definido pelo Banco Central e estejam compreendidos na competência regulatória do Banco Central ou do CMN, entre outros requisitos. No decorrer do ciclo de acompanhamento dos projetos, o Banco Central avaliará se os resultados são satisfatórios, podendo ainda determinar ajustes e impor limites à execução, a partir da avaliação da complexidade e dos riscos de cada projeto. Ao final do ciclo, os participantes terão a chance de obter autorização definitiva para operação e os projetos desenvolvidos serão utilizados para aprimoramento da regulamentação do Banco Central e do CMN. Ver (SANDBOX REGULATÓRIO, [2023]).

50 Os temas prioritários incluem fomento ao mercado de capitais relaciona ao mercado de crédito; oferta de crédito para microempreendedores e empresas de pequeno porte; soluções para o mercado de câmbio, *Open Finance*; Pix ou para mercado de crédito rural; soluções para aumento de competição no SFN e no SPB; soluções financeiras e de pagamento com estímulo à inclusão financeira; fomento às finanças sustentáveis.



Destaca-se ainda projeto estruturado por instituição de pagamento, mediante a qual serão implementadas rede de pontos físicos relativos a parceiros comerciais para recepção de recursos em espécie de titulares de contas de pagamento, que atualmente não é permitido pela regulamentação vigente (BCB, 2022b, p. 12).

A solução tende a promover inclusão financeira e acesso, especialmente para pequenos comerciantes e empresas de pequeno porte que costumam trabalhar com dinheiro em espécie e são titulares de contas de pagamento. Atualmente, o aporte de recursos em espécie em conta de pagamento somente pode ser realizado mediante quitação de boleto bancário na rede de agências ou em correspondentes bancários. O projeto prevê a atuação de varejistas físicos e similares como receptores desses recursos, o que tende a aumentar a capilaridade e acesso dessas operações para esses agentes, além de prover fontes adicionais de renda a estabelecimentos comerciais físicos.

Esses projetos constituem exemplos de iniciativas em fase experimental que estão sendo supervisionadas pelo Banco Central. Caso essas soluções se mostrem efetivas sob orientações do Banco Central é possível que sejam implementadas em caráter permanente pelos participantes do mercado.

Interessante notar como o instituto do *sandbox* regulatório permite com que soluções não permitidas ou não previstas pela regulamentação aplicável, sejam testadas em ambiente controlado, sem que seja necessário aguardar os procedimentos de discussão e aprovação de novas regulamentações, além de diminuir os custos regulatórios incorridos pelos agentes econômicos.

Abre-se a possibilidade de obter uma visão prospectiva sobre tendências de mercado e antecipar riscos regulatórios decorrentes das soluções em desenvolvimento, permitindo melhor entendimento e escolhas regulatórias mais céleres pelo regulador ao avaliar a suficiência do arcabouço normativo-regulatório, ao mesmo tempo em que se mitigam os riscos à estabilidade financeira e equilíbrio sistêmico dado o escopo limitado dos testes e constante supervisão e monitoramento realizados sobre os comportamentos da atividade.

No âmbito dos meios de pagamento, ainda é cedo para avaliar se os resultados decorrentes da implementação do *sandbox* regulatório são satisfatórios, mas o cenário é promissor e se espera que o amadurecimento da iniciativa gere resultados que levem à aprimoração da legislação e ao aumento de participação de mais interessados. Caso bem-sucedido é possível pensar na aplicação dessa abordagem regulatória experimental em outros âmbitos no Brasil como ferramenta de fomento de inovação e cooperação público-privada.

CONCLUSÃO

Nos últimos anos, diversos segmentos do mercado financeiro, caracterizados por elevadas barreiras à entrada, experimentaram a entrada de agentes inovadores, capazes de introduzir novos modelos de negócio e acirrar a concorrência. O surgimento e crescimento das chamadas *fintechs* têm contribuído significativamente para transformações observadas no setor financeiro e de pagamentos.

Considerando as razões que levaram o sucesso de diversas *fintechs*, verificou-se que essas empresas conseguiram identificar oportunidades comerciais que não estavam sendo devidamente aproveitadas pelos bancos tradicionais, em função de sua estrutura, porte e sistema, que tornaram a adaptação mais difícil às constantes mudanças observadas no setor financeiro. Dessa forma,

diversos bancos têm optado por adquirir *fintechs* e *startups* de tecnologia ou estabelecer parcerias ao invés de criar uma estrutura do início ou alterar significativamente sua atual estrutura bancária, de maneira a se adaptar mais rapidamente a essa nova realidade.

Nesse cenário, um movimento de aproximação entre as *fintechs* e os bancos por meio de parcerias, contratação de serviços e aquisições pode suscitar preocupações regulatórias e concorrenciais, especialmente nas situações em que estejam envolvidos entrantes que apresentam maior potencial de consolidação e crescimento em segmentos mais rentáveis aos bancos. Por outro lado, altos custos regulatórios e a presença de incumbentes fortemente estabelecidos apontam dificuldades para expansão e aumento da representatividade das *fintechs* em diversos segmentos do mercado financeiro.

A estrutura concentrada de crédito no Brasil, em torno dos incumbentes que atualmente têm suas posições contestadas por novos agentes e o alto custo de capital para financiamento das *fintechs* apontam para potenciais linhas de investigação, sobretudo para identificar se existe alguma relação entre a dificuldade de crescimento das *fintechs* e a alta concentração bancária, se as incumbentes podem limitar a concessão do crédito como mecanismo de impedir o crescimento de rivais ou estabelecer condições que permitam exercer algum tipo de influência sobre esses agentes, por exemplo.

Além disso, as complexas e aceleradas mudanças desencadeadas pelas inovações tecnológicas no setor financeiro têm apresentado novos desafios aos reguladores do mundo todo, de modo a fomentar um ambiente competitivo e inovador sem comprometer a estabilidade sistêmica. A utilização do *sandbox* regulatório tem se mostrado um instrumento promissor para o exercício de uma regulação dinâmica. A isenção temporária ao cumprimento das normas vigentes reduz importantes custos regulatórios de entrada e de conformidade, sobretudo para empresas voltadas para a inovação de produtos, com exposição relevante ao risco e ainda não consolidadas no mercado, como é o perfil da maioria das *startups* financeiras e *fintechs*, que podem testar produtos com maior segurança jurídica, além de facilitar a obtenção de financiamento (*funding*) para projetos inovadores.

Por derradeiro, a análise do mercado de meios de pagamento demonstrou que a progressiva desconcentração do setor foi possível graças às intervenções no âmbito regulatório (pelo Banco Central) e concorrencial (pelo Cade), facilitando a entrada no mercado de novas empresas, com destaque para entrada de agentes não bancarizados que passaram a ter condições de ofertar alternativas aos serviços bancários, contribuindo para o avanço da inclusão financeira no Brasil e aumento da competitividade no setor.

O equilíbrio entre concorrência e estabilidade financeira vem sendo perseguido com resultados concretos, conforme ilustrado pela atuação dos órgãos de regulação e concorrência, ainda que, no curto prazo, mudanças estruturais mais profundas ainda não tenham sido observadas. Contudo, novas iniciativas baseadas em abordagem regulatória experimental, a partir da implementação do *sandbox* regulatório, apresenta um caminho promissor para o desenvolvimento de mercados mais competitivos e inclusivos, além de mais preparados para antecipar e reagir a eventuais riscos sistêmicos trazidas pelas transformações decorrentes das inovações e atuação de novas empresas no mercado.



REFERÊNCIAS

- BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). **Relatório de Economia Bancária 2020**. Brasília: Banco Central do Brasil, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3sY44sh>. Acesso em: 22 nov. 2023.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). **Relatório de Economia Bancária 2022**. Banco Central do Brasil: Brasília, 2022a. Disponível em: <https://bit.ly/3TjPaY9>. Acesso em 22 nov. 2023.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). **Relatório de Gestão: Sandbox** Regulatório: 1º Ciclo 2022. Brasília: Banco Central do Brasil, 2022b. Disponível em: <https://bit.ly/3tdlDEz>. Acesso em: 22 nov. 2023.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB). **Relatório sobre a indústria de cartões de pagamentos**. Brasília: Banco Central do Brasil, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/41dFT5D>. Acesso em: 22 nov. 2023.
- BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro**, n. 273, p. 123-163, set./dez. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/47LRU4S>. Acesso em: 22 nov. 2023.
- BC AUTORIZA dois arranjos e uma instituição de pagamentos relacionados ao WhatsApp. **Banco Central do Brasil**, Brasília, 30 mar. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3eLx38t>. Acesso em: 20 nov. 2023.
- BRASIL. **Ato Normativo Conjunto nº 1**. Processo nº 08700.006007/2018-97. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/487uc2Q>. Acesso em: 22 nov. 2023.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cadernos do Cade: Mercados de Instrumentos de Pagamento**. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/4acUTEU>. Acesso em: 22 nov. 2023.
- BRASIL. **Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013**. Autoriza o pagamento de subvenção econômica aos produtores da safra 2011/2012 de cana-de-açúcar e de etanol que especifica e o financiamento da renovação e implantação de canaviais com equalização da taxa de juros; [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/3T7Fjo4>. Acesso em: 22 nov. 2023.
- CADE REVOGA suspensão de parceria entre Facebook e Cielo para pagamentos por WhatsApp. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**, Brasília, 31 out. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/46MblsW>. Acesso em: 22 nov. 2023.
- CADE SUSPENDE operação entre Facebook e Cielo que pretende viabilizar pagamentos por WhatsApp. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**, Brasília, 31 out. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/4879pMv>. Acesso em: 22 nov. 2023.
- CAVALCANTI, Luis Felipe; SANTOS, Edson Luiz dos. **Payments 4.0: as forças que estão transformando o mercado brasileiro**. São Paulo: Linotipo Digital, 2020.
- HELLWIG, Guilherme Centenaro. Desafios jurídicos trazidos pela crescente digitalização dos pagamentos: uma análise sob o prisma concorrencial. **REI - Revista Estudos Institucionais**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 398-417, 2023. DOI: 10.21783/rei.v9i2.768. Disponível em: <https://bit.ly/3t7XP59>. Acesso em: 22 nov. 2023.
- COSTA, Isac Silveira da. **O Estado Fintech: Transformação Digital das Finanças Públicas**. 2023. Tese

(Doutorado em Direito Econômico e Financeiro) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3TcS0Op>. Acesso em: 22 nov. 2023.

DECLOEDT, Cynthia. Santander Brasil fecha a compra da parceira GetNet por R\$ 1,1 bilhão. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 8 abr. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/481I26E>. Acesso em: 22 nov. 2023.

DISTRITO. **Fintech Mining Report**. São Paulo: Distrito, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3t3QFPo>. Acesso em: 21 nov. 2023.

FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY (FCA). **Regulatory Sandbox**. London: Financial Conduct Authority, 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3Tcx2iv>. Acesso em: 22 nov. 2023.

FINTECHS. **Banco Central do Brasil**, Brasília, [2023]. Disponível em: <https://bit.ly/47ObAVG>. Acesso em: 22 nov. 2023.

FROUFE, Célia. Fim da exclusividade deve estimular disputa em cartões. **O Estado de São Paulo, São Paulo**, 8 ago. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3RdyY7U>. Acesso em 22 nov. 2023.

HERMANSON, Boris. **O que é uma start up?** São Paulo: Mundo Sebrae, 2011.

INSTITUIÇÕES DE PAGAMENTO. **Banco Central do Brasil**, Brasília, [2023]. Disponível em: <https://bit.ly/3GE5ILL>. Acesso em: 21 nov. 2023.

KIRA, Beatriz; GONÇALVES, Priscila Brolio; COUTINHO, Diogo Rosenthal. Pagamentos por WhatsApp: por que o Banco Central e o Cade se preocupam? **Jota**, São Paulo, 30 jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/46Ga9Y4>. Acesso em: 22 nov. 2023.

LABORATÓRIO DE INOVAÇÃO FINANCEIRA (LAB). **Diretrizes gerais para constituição de sandbox regulatório no âmbito do mercado financeiro brasileiro**. [S. l.]: Laboratório de Inovação Financeira, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3NfAwgy>. Acesso em: 21 nov. 2023.

MAZZUCATO, Mariana. **O valor de tudo**. São Paulo: Portfolio Penguin, 2018.

MOSES, Lyria Bennet. How to think about law, regulation and technology: problems with ‘technology’ as a regulatory target. **Law, Innovation and Technology**, [S. l.], v. 5, n. 1, p. 1-20, 2013. Disponível em: <https://bit.ly/41c7DYd>. Acesso em: 22 nov. 2023.

MOURA, Maria Gabriela Parreira de; COSENTINO, Gisela Burle. *Sandboxes regulatórias: expectativas e a experiência internacional*. **Jota**, São Paulo, 3 dez. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3Ru6kkl>. Acesso em: 22 nov. 2023.

NOVA SOLUÇÃO de pagamentos depende de prévia autorização do BC. **Banco Central do Brasil**, Brasília, 23 jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/46OZomn>. Acesso em: 22 nov. 2023.

NÚCLEO DE ESTUDOS AVANÇADOS DE REGULAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL (NEASF). **Relatório referente à 7ª reunião do Núcleo de Estudos Avançados de Regulação do Sistema Financeiro Nacional (NEASF)**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019a. Disponível em: <https://bit.ly/3Td6jCO>. Acesso em: 23 nov. 2023.

NÚCLEO DE ESTUDOS AVANÇADOS DE REGULAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL (NEASF). **Relatório referente à 8ª reunião do Núcleo de Estudos Avançados de Regulação do Sistema Financeiro Nacional (NEASF)**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2019b. Disponível em: <https://bit.ly/3R2sJne>. Acesso em: 23 nov. 2023.



ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Digital Disruption in Banking and its Impact on Competition**. Paris: OECD, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3uSBzMW>. Acesso em: 22 nov. 2023.

O QUE É PIX? **Banco Central do Brasil**, Brasília, [2023]. Disponível em: <https://bit.ly/3RwQwgD>. Acesso em: 21 nov. 2023.

PHILIPPON, Thomas. **The Great Reversal**. How America gave up on free markets. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 2019.

PRICEWATERHOUSECOOPERS (PWC). **Pesquisa Fintechs de Crédito**: conquistando a maturidade. Brasília: PwC, 2019. Disponível em: <https://pwc.to/485JJ2O>. Acesso em: 21 nov. 2023.

PRICEWATERHOUSECOOPERS (PWC). **Pesquisa Fintechs de Crédito Digital**. Brasília: PwC, 2023. Disponível em: <https://pwc.to/4a9EQba>. Acesso em: 22 nov. 2023.

RAGAZZO, Carlos; CATALDO, Bruna. Pix – Potencial motor de inclusão financeira no Brasil. **Instituto Propague**, [S. l.], 3 dez. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3uJnRo>. Acesso em 22 nov. 2023.

RANGEL, Juliana Cabral Coelho. Abordagens regulatórias experimentais para a inovação no sistema financeiro: uma análise do instrumento do *sandbox* e sua implementação no Brasil. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 29, n. 57, p. 147-181, jun. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3RciRaz>. Acesso em? 22 nov. 2023.

SANDBOX REGULATÓRIO. **Banco Central do Brasil**, Brasília, [2023]. Disponível em: <https://bit.ly/4acRczk>. Acesso em: 22 nov. 2023.

TAKAR, Téo. Banco nas mãos de poucos: 5 instituições detêm 4 de cada 5 reais movimentados, e isso é ruim para clientes. **Uol**, São Paulo, 18 set. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3R92PhJ>. Acesso em: 22 nov. 2023.

THE FINANCIAL world's nervous system is being rewired. **The Economist**, Londres, 07 maio 2020. Disponível em: <https://econ.st/46Gd3Mx>. Acesso em 22 nov. 2023.

VERÍSSIMO, Levi Borges de Oliveira. Regulação Econômica de *Fintechs* de Crédito: perspectivas e desafios para abordagem regulatória. **Revista da Procuradoria Geral do Banco Central**, Brasília, v. 13, n. 1, p. 44-59, jun. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/41d4o36>. Acesso em: 22 nov. 2023.

VIANNA, Eduardo Araujo Bruzzi. **Regulação das fintechs e sandboxes regulatórias**. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito do Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://bit.ly/483NxBN>. Acesso em: 22 nov. 2023.

9

SE, QUANDO E COMO APLICAR A LEI Nº 14.470/2022 NAS AÇÕES REPARATÓRIAS POR DANOS CONCORRENCIAIS? UMA ANÁLISE SOBRE A APLICABILIDADE NO TEMPO DAS NORMAS DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL¹

If, when and how to apply the new private enforcement law no. 14.470/2022 in competition damage claims in brazil? An analysis on the applicability over time of substantive and procedural law rules

Amanda Athayde²

Universidade de Brasília (UNB), Pinheiro Neto Advogados – Brasília/DF, Brasil

Carolina Pagotto Trevizo³

Universidade de São Paulo (USP), Araújo e Policastro Advogados – São Paulo/SP, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contextualização: Apesar de a Lei nº 14.470/2022 endereçar algumas das dificuldades enfrentadas no âmbito do private enforcement no direito concorrencial brasileiro, trouxe consigo novas dúvidas sobre aplicabilidade da nova lei no tempo, pois não consagrou em seu texto uma norma de direito

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

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

1 **Recebido em:** 28/03/2023 **Aceito em:** 09/11/2023 **Publicado em:** 21/12/2023

2 É Professora Doutora Adjunta de Direito Empresarial na UnB, bem como de Concorrência, Comércio Internacional e Compliance. Consultora no Pinheiro Neto, nas práticas de Concorrencial, e, a partir de 2023, Comércio Internacional. Doutora em Direito Comercial pela USP, Bacharel em Direito pela UFMG e em Administração de Empresas com habilitação em Comércio Exterior pela UMA. Ex-aluna da Université Paris I – Panthéon Sorbonne. Autora de livros, organizadora de livros, autora de diversos artigos acadêmicos e de capítulos de livros na área de Direito Empresarial, Direito da Concorrência, Comércio Internacional, Compliance, Acordos de Leniência, Defesa Comercial e Interesse Público, Anticorrupção.

E-mail: amandathayde@gmail.com **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/3657244167587179>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6985-8879>

3 É advogada na área Concorrencial no escritório Araújo Policastro Advogados. Pós-graduada em Direito Econômico e Concorrencial pela Fundação Getúlio Vargas – SP (FGV). Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Possui diploma de licence em Droit pela Université Jean Moulin Lyon III. Membro do Comitê de Contencioso e Arbitragem do IBRAC. Autora de capítulo de livro na área de Direito Concorrencial, especificamente sobre private enforcement.

E-mail: caroltrevizo@hotmail.com **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/1392160673096184>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8133-8342>



intertemporal que regulasse essa questão. Em quais hipóteses, em que momento e como aplicar a Lei nº 14.470/2022 ou a lei antiga nas ações indenizatórias por danos concorrenciais (ARDCs) já extintas, ainda pendentes, e que ainda não foram iniciadas? A resposta a tais perguntas sobre a aplicabilidade imediata da Lei nº 14.470/2022 poderá determinar a viabilidade das ARDCs ou tornará o processo menos oneroso/mais compensatório para as vítimas.

Objetivo: O artigo tem como objetivo analisar como se dará a aplicabilidade das disposições novas da Lei nº 14.470/2022.

Método: As autoras analisaram a natureza das novas normas trazidas pela Lei nº 14.470/2022, classificando-as como de direito material e processual. A partir disso, examinaram as hipóteses de aplicação dessas disposições nas ARDCs já extintas, ainda pendentes, e que ainda não foram iniciadas.

Resultado: Verificou-se que as ARDCs pendentes são o foco das maiores controvérsias de aplicabilidade da Lei nº 14.470/2022, em suma, devido à incerteza sobre a existência de situação jurídica pendente, o que permitiria a aplicação da nova lei, ou de formação de ato jurídico perfeito/direito adquirido nos processos ainda em curso, obrigando a observância à lei antiga.

Conclusões: A aplicação das disposições da Lei nº 14.470/2022 devem ser analisadas com cautela tanto pela doutrina quanto pelos tribunais brasileiros, vez que irão impactar a grande maioria das ARDCs ainda pendentes no Judiciário Brasileiro.

Palavras-chave: direito intertemporal; aplicabilidade; norma; processual; material; Lei nº 14.470/2022.

STRUCTURED ABSTRACT

Conceptualization: Law No. 14,470/2022 was enacted to address some of the difficulties faced in the context of private enforcement in Brazilian antitrust law. At the same time, however, difficulties began to be arise about the applicability of the new law over time, as it did not enshrine in its text a rule of intertemporal law that regulates this issue. The difficulty is even greater in the numerous competition damage claims (ARDCs) pending in the Brazilian Judiciary, in which the matters addressed by the new law are being discussed. Indeed, the proposed analysis is extremely important since the immediate applicability of the new law could determine the viability of these ARDCs or make the process less burdensome/more rewarding for the victims.

Objective: The article aims to analyze how the applicability of the new provisions of Law nº 14.470/2022 will take place.

Methodology: The authors analyzed the nature of the new provisions introduced by Law nº 14.470/2022, classifying them as substantive and procedural law. From this, they examined the hypotheses of application of these provisions in the ARDCs that are already extinct, still pending, and that have not yet been initiated.

Results: It was verified that the pending ARDCs are the focus of the biggest controversies regarding the applicability of Law nº 14.470/2022, in short, due to the uncertainty about the existence of a pending legal situation, which would allow the application of the new law, or the formation of a perfect legal act/an acquired right in these ongoing proceedings, obliging the compliance with the ancient law.

Conclusion: The applicability of Law nº 14.470/2022's new provisions must be analyzed with caution

both by the doctrine and by the Brazilian courts, because they will impact the vast majority of ARDCs, which are still pending in the Brazilian Judiciary, in which is being discussed, mainly, the matters addressed by the new law.

Keywords: intertemporal law; applicability; provision; material; procedural; Law No. 14,470/2022.

Classificação JEL: K2; K13; K15; K41; K42; Y10.

Sumário: 1. Qual a natureza dos dispositivos da Lei nº 14.470/2022: processual ou material? 2. Como se aplicam as disposições de natureza processual em ARDCs com a entrada em vigor da Lei nº 14.470/2022? 2.1. Art. 47-A: Decisão condenatória do Cade é apta a fundamentar a concessão liminar de tutela de evidência. 2.2. Art. 47, §4º: Distribuição do ônus da prova do repasse do sobrepreço ao réu, vedando a sua presunção. 3. Como ficam as disposições de natureza material em ARDCs no caso de os fatores geradores serem anteriores ou posteriores à Lei nº 14.470/2022? 3.1. Art. 46-A, §§1º e 2º: Prazo prescricional para as ações reparatórias é de 5 anos e o termo inicial é a data da publicação final do Cade. 3.2. Art. 47, §1º: Sistema de double damages em caso de cartel. 3.3. Art. 47, §3º: Exclusão da responsabilidade solidária para infratores signatários de Acordo de Leniência e TCC. 4. Conclusões preliminares.

INTRODUÇÃO

A tão esperada⁴ Lei nº 14.470/2022, que alterou a Lei de Defesa da Concorrência Brasileira (Lei Federal nº 12.529/11) (“LDC”) para prever novas disposições com o intuito de aprimorar o cenário da repressão privada de infrações à ordem econômica no Brasil,⁵ entrou em vigor em 16/11/2022. Algumas primeiras reflexões sobre aspectos processuais decorrentes dessa nova lei já começaram a ser apresentados (MEDRADO et al., 2023), principalmente porque a nova lei não trouxe uma norma de direito intertemporal que regulasse sua aplicação, em especial nas ações já em curso.

Considerando que as Ações Reparatórias por Danos Concorrenciais (ARDCs), seguindo uma

4 De fato, a lei se tornou um marco para o private enforcement, na medida em que tratou de algumas dificuldades enfrentadas nas Ações Reparatórias por Danos Concorrenciais (ARDCs) e, pois, criou incentivos para que aqueles lesados por infrações concorrenciais, especialmente cartel, pleiteiem ressarcimento pelos danos sofridos.

5 Em suma, a nova lei visou estimular o ajuizamento das ARDCs ao: (a) estipular que a decisão final do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, autarquia concorrencial brasileira, é capaz de fundamentar a concessão de tutela de evidência (art. 47-A); (b) determinar que o repasse de sobrepreço pela parte autora (*passing-on defense*) nos casos das infrações à ordem econômica previstas nos incisos I e II do §3º do art. 36 da Lei nº 12.529/11 (i.e., nos casos de cartéis) não se presume, atribuindo ao réu o ônus da sua prova (Art. 47, §4º); (c) estabelecer o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para as demandas reparatórias, a partir da publicação da decisão final do Cade, pois somente então considera-se ocorrida a ciência inequívoca do ilícito (art. 46-A e §1º); e (d) propor a criação de um sistema de double damage (art. 47, §1º), isentando os signatários de Leniência ou Termo de Compromisso de Cessação (TCC) (art. 47, §2º).



infeliz situação de outros processos, ainda se arrastam durante anos no judiciário brasileiro, cumpre perguntar: como se dará a aplicabilidade imediata ou a retroatividade da Lei nº 14.470/2022?

Para responder a essa pergunta, serão feitas breves considerações iniciais sobre o conteúdo e a aplicação de normas de direito material e processual, que serão fundamentais para auxiliar na posterior classificação das normas contidas na nova Lei nº 14.470/2022 (1). Então, será possível analisar as diferentes hipóteses de aplicação das disposições de natureza processual em ARDCs com a entrada em vigor Lei nº 14.470/2022 (2). E, por fim, serão estudadas as hipóteses de aplicação das disposições de natureza material em ARDCs, considerando ambos os fatores geradores anteriores e posteriores à Lei nº 14.470/2022 (3).

1. QUAL A NATUREZA DOS DISPOSITIVOS DA LEI Nº 14.470/2022: PROCESSUAL OU MATERIAL?

A distinção entre normas processuais e materiais não só é clássica na teoria da norma jurídica, como também importante em razão das particularidades que devem ser observadas quando da sua interpretação e aplicação.

Tradicionalmente, as normas materiais são caracterizadas como aquelas que atribuem direitos aos indivíduos, tratando das relações jurídicas entre as partes referentes a bens e utilizados da vida. As normas processuais, por sua vez, são meramente instrumentais, vez que somente regulam a forma de tutela jurídica dos direitos através do processo, ou seja, a aplicação do direito material.⁶⁷

Diante dessa contextualização teórica, como classificar, portanto, os novos dispositivos trazidos na Lei nº 14.470/2022?

A nosso ver, é possível se vislumbrar que as normas contidas no art. 47-A e Art. 47, §4º são predominantemente processuais, pois instrumentalizam as questões da tutela de evidência e do ônus da prova do repasse do sobrepreço nas ARDCs,⁸ ao passo em que as normas contidas no art. 46-A, §§1º e 2º, art. 47, §1º e §3º são normas materiais, vez que disciplinam, respectivamente, (até) quando a pretensão daqueles lesados por danos concorrenciais poderá ser exercida, a extensão da indenização/*quantum debeat* que a vítima tem direito pelo dano concorrencial sofrido, e a solidariedade passiva ou não na totalidade do dano causado à vítima do infrator que celebrou Acordo de Leniência ou Termo de Compromisso de Cessação (TCC).

6 “O direito processual é, assim, do ponto de vista de sua função jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção, processo) são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico. O objeto do direito processual reside precisamente nesses institutos e eles concordam decisivamente para dar-lhe sua própria individualidade e distingui-lo do direito material” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2006, 46).

7 “As normas de direito material são aquelas que indicam quais os direitos de cada um. Por exemplo, a que diz que determinadas pessoas têm direito de postular alimentos de outras é material: atribui um interesse primário ao seu titular. As normas de processo são meramente instrumentais. Pressupõe que o titular de um direito material entenda que ele não foi respeitado, e recorra ao Judiciário para que o faça valer. O direito material pode ser espontaneamente respeitado, ou pode não ser. Se a vítima quiser fazê-lo valer com força coercitiva, deve recorrer ao Estado, do que resultará a instauração do processo. Ele não é um fim em si mesmo, nem o que almeja quem ingressou em juízo, mas um meio, um instrumento, para fazer valer o direito desrespeitado. As normas de direito processual regulamentam o instrumento de que se vale o Estado-juiz para fazer valer os direitos não respeitados dos que a ele recorreram” (GONÇALVES, 2011, p. 36).

8 Entendemos que o art. 47, §4º da Lei nº 14.470/2022 trata de norma processual devido à sua clara finalidade de impulso processual das ARDCs. O dispositivo esclarece, desde logo, que não se pode presumir o repasse do sobrepreço, atribuindo o ônus de provar esse tipo de defesa ao réu, vez que tratar-se-ia de fato extintivo do direito à parte autora.

Tabela 1 – Classificação dos dispositivos da Lei nº 14.470/2022 enquanto norma processual ou material

Dispositivo	Redação	Classificação
Art. 46-A, §§1º e 2º	<p>§ 1º Prescreve em 5 (cinco) anos a pretensão à reparação pelos danos causados pelas infrações à ordem econômica previstas no art. 36 desta Lei, iniciando-se sua contagem a partir da ciência inequívoca do ilícito.</p> <p>§ 2º Considera-se ocorrida a ciência inequívoca do ilícito por ocasião da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo Cade.</p>	NORMA MATERIAL
Art. 47 §1º	<p>§ 1º Os prejudicados terão direito a ressarcimento em dobro pelos prejuízos sofridos em razão de infrações à ordem econômica previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, sem prejuízo das sanções aplicadas nas esferas administrativa e penal.</p>	NORMA MATERIAL
Art. 47 §3º	<p>§ 3º Os signatários do acordo de leniência e do termo de compromisso de cessação de prática são responsáveis apenas pelo dano que causaram aos prejudicados, não incidindo sobre eles responsabilidade solidária pelos danos causados pelos demais autores da infração à ordem econômica.</p>	NORMA MATERIAL
Art. 47 §4º	<p>§ 4º Não se presume o repasse de sobrepreço nos casos das infrações à ordem econômica previstas nos incisos I e II do § 3º do art. 36 desta Lei, cabendo a prova ao réu que o alegar.</p>	NORMA PROCESSUAL
Art. 47-A	<p>Art. 47-A. A decisão do Plenário do Tribunal referida no art. 93 desta Lei é apta a fundamentar a concessão de tutela da evidência, permitindo ao juiz decidir liminarmente nas ações previstas no art. 47 desta Lei.</p>	NORMA PROCESSUAL

Fonte: elaboração própria.

2. COMO SE APLICAM AS DISPOSIÇÕES DE NATUREZA PROCESSUAL EM ARDCS COM A ENTRADA EM VIGOR DA LEI Nº 14.470/2022?

Com relação a sua aplicação, a norma processual se aplica de imediato, desde o início da sua vigência, aos processos em andamento, mas devem ser respeitados os atos processuais já realizados, ou situações consolidadas (i.e., ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada), de acordo com a lei anterior (art. 14, Código de Processo Civil – Lei Federal nº Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (“CPC/15”)).

Note-se que a simplicidade da aplicação de novas normas processuais (e materiais, como ver-se-á a seguir) é apenas aparente. Conforme apontam Yarshell e Pessoa (2016, p. 56), “o difícil é saber em que hipóteses haverá uma situação processual consolidada”.

Alguns conceitos, tais como os de situação jurídica consolidada e direito adquirido, não gozam de consenso na doutrina (BUENO, 2017, p. 200-202). E, mesmo aqueles que estão mais estabelecidos, tal qual o de ato jurídico processual perfeito (i.e., aqueles já praticados sob a égide da lei antiga), são de difícil interpretação no caso concreto, principalmente quando há situação jurídica pendente



(NERY JUNIOR; NERY, 2016, p. 241).

Não bastasse, alguns atos processuais não se aperfeiçoam com a simples prática, pois, ao longo do processo, alguns deles produzem efeito que se prolongam no tempo. Ademais, há atos posteriores que guardam tanta conexão com atos antigos que não podem ser submetidos a regimes jurídicos distintos (YARSHELL; PESSOA, 2016, p. 56-57).

Sobre esse ponto, a doutrina do direito processual civil intertemporal criou um norte a ser seguido quando da verificação da lei aplicável – nova ou velha – em um processo pendente: a regra do isolamento dos atos processuais.

Nas palavras de Dinamarco (2018, p. 143):

Cada ato é considerado em si mesmo, isoladamente, preservando-se a eficácia dos que houverem sido praticados antes segundo a lei velha e impondo a aplicação da nova aos que vierem a ser praticados a partir de sua vigência (DINAMARCO, 2018, p. 143).

Dessa forma, à luz do art. 14, do CPC/15, deve-se tentar resguardar as situações jurídicas processuais consolidadas, que envolvem os respectivos fatos constitutivos ou extintivos, bem como efeitos já produzidos, ao passo que, os efeitos pendentes de produção serão de regra regidos pela lei nova (BUENO, 2017, p. 202).

Como aplicar, portanto, os dispositivos do art. 47 da Lei nº 14.470/2022 que foram classificados como normas processuais? É o que se passa a apresentar.

2.1. Art. 47-A: Decisão condenatória do Cade é apta a fundamentar a concessão liminar de tutela de evidência

Por escolha metodológica, passa-se a analisar a aplicação desse dispositivo sob a perspectiva de ARDCs (i) já extintas, (ii) pendentes, ou (iii) a serem iniciadas.

Com base nas ponderações acima, em (2.1.i.) ARDCs já extintas, a Lei nº 14.470/2022 não poderá retroagir, vez que foram formadas situações jurídicas já consolidadas, independentemente se foi concedida ou não a tutela de evidência e qual foi o seu fundamento jurídico. Além disso, a concessão de tutela de evidência pressupõe a existência de ação ajuizada para que seja possível a dedução de que o direito do autor é de fato evidente.⁹

Note-se que, antes da entrada em vigor da lei nova, a tutela de evidência já podia ser concedida liminarmente à vítima por dano concorrencial, com base na hipótese genérica do inciso IV, do art. 311, do CPC/15. Todavia, na grande maioria das ARDCs até hoje ajuizadas, o tipo de tutela provisória geralmente requerido é o de urgência, em razão da maior facilidade, até então, em comprovar os fundamentos do art. 300, do CPC/15 (probabilidade do direito e o perigo de dano/risco ao resultado útil do processo).

Conforme explica Gomes (2022, p. 426-427), a inclusão do art. 47-A na LDC foi muito positiva

⁹ “[...] a tutela de evidência, por sua própria natureza, pressupõe ação já ajuizada, pois é através da dedução da pretensão posta em juízo e da análise dos documentos apresentados que é possível avaliar se o direito do autor é, de fato evidente” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 379).

por 3 (três) motivos: (i) o dispositivo possibilita a concessão de tutela de evidência em caráter liminar; (ii) a tutela se presta a incentivar as vítimas a buscarem reparação no Judiciário, pois inverte o ônus decorrente do tempo do processo, que tende a demorar entre 10-15 anos; (iii) ao contrário do que dispõe o inciso IV do art. 311, do Código Civil de 2022 (Lei nº 10.406/02) (“CC/02”), o art. 47-A condiciona a concessão da liminar ao fato do réu não conseguir não impõe a condição de que o réu não seja capaz de opor “prova capaz de gerar dúvida razoável”, tornando, pois, mais difícil a tarefa do réu de impedir que a tutela de evidência seja concedida.

No que tange à incidência da norma do art. 47-A nas (2.1.ii) ARDCs que estavam pendentes quando da entrada em vigor da Lei nº 14.470/2022, não se verifica a mesma dificuldade encontrada na aplicação das outras disposições novas. Isso se observa, na medida em que a concessão de tutela de evidência não se confunde com o julgamento antecipado de mérito, porque decorre de atividade de cognição sumária do magistrado. Com efeito, não é apta a fazer coisa julgada material (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 379).

Não bastasse, a nova norma trata de tutela de evidência, que é uma tutela provisória (art. 294, CPC/15), de maneira que a sua concessão pode vir a ser revogada ou modificada a qualquer momento (art. 296, CPC/15) (CASELTA, 2022).

Diante do exposto, é possível concluir que a norma nova deve:

(2.1.ii.a) ser aplicada imediatamente às **ARDCs pendentes em que a tutela de evidência ainda está em discussão**, i.e., **(2.1.ii.a.1)** *naquelas em que não houve nenhum juízo sobre o pedido de tutela de evidência ainda*, e **(2.1.ii.a.2)** *naquelas que estão sendo discutidas em sede de agravo de instrumento*,¹⁰ tendo em vista a natureza instável da tutela provisória e a aplicabilidade imediata da lei processual aos processos pendentes, de acordo com o art. 14, do CPC/15;

(2.1.ii.a) mas também poderia retroagir nas ARDCs em que a **tutela provisória de evidência foi indeferida por decisão interlocutória transitada em julgado**, se a decisão condenatória do Cade for apta a fundamentar a concessão de tutela de evidência. Isso porque, conforme analisado anteriormente, não apenas inexistia a formação de coisa julgada material em se tratando de concessão ou rejeição de tutela de evidência, mas também a tutela é provisória, podendo vir a ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

Por fim, e de compreensão mais simples, é incontroversa a aplicação imediata da Lei nº 14.470/2022 para (2.1.iii.) ARDCs ainda não iniciadas, em que não se cogita a existência de nenhum ato jurídico perfeito, direito adquirido, e muito menos de coisa julgada. Nesse caso, nos termos do art. 14, do CPC/15, o processo será inteiramente regido pelas normas processuais da lei nova e, portanto, eventual decisão condenatória proferida pelo Cade será apta a fundamentar a concessão de tutela de evidência, pois comprova o ilícito concorrencial do qual decorreu o dano.

¹⁰ Concedida ou negada a tutela provisória de evidência por decisão interlocutória cabe agravo de instrumento para o respectivo tribunal (art. 1.015, inciso I, CPC/15).



2.2. Art. 47, §4º: Distribuição do ônus da prova do repasse do sobrepreço ao réu, vedando a sua presunção

Nas ações reparatórias por danos à ordem econômica, o autor tem o ônus de provar a ocorrência da infração, do dano e o nexo causal; ao passo que ao réu cabe o ônus de provar fatos que impediriam a configuração de sua conduta como infração ou modificariam seus efeitos, tal como o *passing-on defense*. A esse respeito, o novo §4º do art. 47 procurou eliminar uma das fontes de incerteza da responsabilidade civil concorrencial, ao distribuir claramente o ônus da prova em caso de alegação de repasse do sobrepreço ao réu, embora isso já fosse dedutível do art. 373, II, do CPC/15 (GOMES, 2022, p. 300).

Tendo isso esclarecido, passa-se a analisar pela metodologia proposta a aplicação desse dispositivo sob a perspectiva de ARDCs (i) já extintas, (ii) pendentes, ou (iii) a serem iniciadas.

No que diz respeito à norma que veda a presunção do repasse de sobrepreço e atribui ao réu o ônus da sua prova, as conclusões diferem parcialmente daquelas postas acima (item 2.1). Isso porque, para as (2.2.i.) ARDCs já extintas com base no *passing-on defense*, impossível a Lei nº 14.470/2022 retroagir, na medida em que já se formou a coisa julgada.¹¹ Da mesma forma, os processos das (2.2.iii) ARDCs ainda a serem iniciadas serão regidos integralmente pela Lei nº 14.470/2022, de maneira que, o repasse do sobrepreço não poderá ser presumido, e a comprovação da sua ocorrência será dever do réu mediante prova técnica.

Em relação às (2.2.ii.) ARDCs pendentes, todavia, a seguinte distinção merece ser feita entre aquelas em que:

(2.2.ii.a.) o repasse do sobrepreço foi presumido por decisão transitada em julgado: nessa hipótese, há a formação de coisa julgada e, portanto, a Lei nº 14.470/2022 não retroage.

(2.2.ii.b) o repasse do sobrepreço ainda está em discussão: essas ações ainda podem ser divididas entre:

(2.2.ii.b.1) aquelas em que não houve ainda nenhum juízo sobre a questão do repasse e seu ônus de prova: não havendo nenhuma apreciação sobre a questão, ela resta pendente, sendo aplicável a Lei nº 14.470/2022. Isto é, a comprovação do repasse é não pode ser presumido e deve ser comprovado mediante prova técnica pelo réu.

(2.2.ii.b.2) aquelas que estão em sede de recurso: essa é a situação de muitas ARDCs atualmente pendentes. Observe-se que, antes da entrada em vigor da lei nova, em vários casos, os Tribunais de Justiça brasileiros, especialmente do Estado de São Paulo, acabavam julgando a ação improcedente, pois invertiam o ônus e presumiam a ocorrência do repasse, por diversos motivos descabidos: (i) seria fato notório/regra de experiência¹², (ii) a autora não teria demonstrado

11 Vide: TJSP, Apelação Cível nº 1077205-89.2017.8.26.0100, 30ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Carlos Russo, DJ 27/11/2019 (SÃO PAULO, 2019c).

12 TJSP, Apelação nº 1049985-19.2017.8.26.0100, 32ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Caio Marcelo Mendes de Oliveira, DJ 13/05/2021 (pendente de julgamento no STJ – Em segredo de justiça) (SÃO PAULO, 2021b); TJSP, Apelação nº 1076730-

nenhuma evidência de que não repassou o sobrepreço,¹³ ou (iii) com fundamentado na análise do INCC.¹⁴ Esses casos encontram-se pendente de julgamento no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Nesse contexto, para fins de aplicabilidade da lei nova e, conseqüente viabilidade dessas ARDCs pendentes, entende-se pertinente o questionamento feito a seguir: a decisão, em primeira ou segunda instância, que inverteu o ônus da prova e presumiu a ocorrência do repasse do sobrepreço é ato jurídico processual perfeito e/ou advém para qualquer dos participantes direito adquirido? Com efeito, vislumbra-se uma controvérsia: no caso de uma resposta afirmativa, a Lei nº 14.470/2022 não retroage, e a ação está fadada à improcedência; do contrário, permanece uma situação jurídica pendente e, pois, nesses casos, caberia o retorno dos autos à origem para que o réu comprovasse a ocorrência do repasse do sobrepreço. Seguindo o entendimento da jurisprudência majoritária dos Tribunais de Justiça, no sentido de que não se opera a preclusão da decisão anterior que distribuiu ou inverteu o ônus da prova desde que a parte interessada recorra da decisão,¹⁵ faz sentido a Lei nº 14.470/2022 ser aplicável nesses casos. Todavia, é preciso levar em consideração que há decisões no sentido de que a decisão que defere, indefere ou revoga a dinâmica instrutória pode ser altera pelo julgador, desde que antes da prolação da sentença, pois trata de regra de instrução, e não de julgamento.¹⁶

3. COMO FICAM AS DISPOSIÇÕES DE NATUREZA MATERIAL EM ARDCS NO CASO DE OS FATORES GERADORES SEREM ANTERIORES OU POSTERIORES À LEI Nº 14.470/2022?

Com relação a sua aplicação, o direito material é, em regra, avaliado e julgado conforme a lei vigente no seu tempo, refletindo os princípios da irretroatividade e imediatidade das leis, consagrados no art. XXXVI, da CF/88, e no art. 5 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) (LINDB) (BRASIL, 1942). Significa dizer que quando da vigência da lei nova, essa terá eficácia imediata, podendo atingir somente situações futuras e pendentes, respeitados as situações consolidadas no tempo: ato jurídico perfeito, direito adquirido

36.2017.8.26.0100, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Fábio Podestá, Dj 29/05/2019 (pendente de julgamento no STJ – REsp nº 1741194/SP) (SÃO PAULO, 2019a);

13 TJSP, Apelação nº 1076386-55.2017.8.26.0100, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Alcides Leopoldo, Dj 10/02/2022 (interposição de REsp, que ainda não subiu ao STJ) (SÃO PAULO, 2022a).

14 TJSP, Apelação nº 1076944-27.2017.8.26.0100, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, Dj 09/12/2020 (pendente de julgamento no STJ – Em segredo de Justiça) (SÃO PAULO, 2020).

15 Vide: TJSP, Agravo de Instrumento nº 2043052-51.2019.8.26.0000, 29ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Carlos Henrique Miguel Trevisan, Dj 26/04/2019 (SÃO PAULO, 2019b); TJSP, Agravo de Instrumento nº 2118438-24.2018.8.26.0000, 31ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Paulo Ayrosa, Dj 11/07/2018 (SÃO PAULO, 2018b).

16 Vide: TJRS, Agravo de Instrumento nº 0015994-39.2018.8.19.0000, 16ª Câmara Cível, Des. Rel. Mauro Diskstein, Dj 11/05/2018 (RIO GRANDE DO SUL, 2018).



e coisa julgada (NERY JUNIOR; NERY, 2017, p. 226).

Como de praxe, o princípio da irretroatividade não é absoluto. Conforme explica Carlos Roberto Gonçalves, a lei poderá retroagir em dois casos: (i) para atingir fatos já consumados somente quando não ofender as situações já consolidadas no tempo e (ii) quando o legislador expressamente mandar aplicar a lei nova às situações passadas (GONÇALVES, 2017, p. 84).

A impossibilidade de uma nova lei retroagir para alcançar situações jurídicas já consolidadas é vedada em razão do princípio da segurança jurídica, com a finalidade essencial de preservar as situações consolidadas sob a égide da lei anterior.¹⁷

As hipóteses de aplicação das normas materiais são ainda mais complexas, na medida em que o direito material deve ser analisado e julgado conforme a lei vigente no seu tempo, devendo ser levado em consideração, em regra, não o curso do processo, mas os fatos geradores do direito, se são anteriores ou posteriores à lei nova.

3.1. Art. 46-A, §§1º e 2º: Prazo prescricional para as ações reparatoria é de 5 anos e o termo inicial é a data da publicação final do Cade

Em se tratando de normas de natureza material, será realizada uma subdivisão na análise para se avaliar a aplicabilidade no caso de fatos geradores anteriores ou posteriores à Lei nº 14.470/2022.

3.1.1. Análise da aplicabilidade no caso de fatos geradores anteriores à Lei nº 14.470/2022

Por metodologia, passa-se novamente a analisar a aplicação desse dispositivo sob a perspectiva de ARDCs (i) já extintas, (ii) pendentes, ou (iii) a serem iniciadas, com nuances modificações.

A regra é clara sobre as ARDCs (3.1.1.i) já extintas: a nova lei não pode retroagir devido à coisa julgada formada. No que diz respeito às ARDCs que já foram extintas preliminarmente com base em prescrição, o entendimento jurisprudencial sobre o prazo prescricional e o termo inicial aplicáveis variavam conforme o entendimento dos tribunais acerca da natureza da responsabilidade civil, i.e., extracontratual (aquiliana) ou contratual.

Nos casos em que entendeu equivocadamente tratar-se de ilícito contratual, o prazo prescricional aplicável seria de dez anos, conforme regra do art. 205, do CC/02, e o termo inicial seria a celebração do contrato ou do aditamento (art. 189, CC/02).¹⁸ Em contrapartida, quanto os tribunais acertavam a natureza extracontratual do ilícito, aplicavam a regra geral para fins de reparação civil extracontratual para as ações individuais prevista no 206, §3º, inciso V, do CC/02, três anos. O entendimento, todavia, era com relação ao termo *a quo* da prescrição, alternando entre: **(i)** a data da violação do direito (art. 189, CC/02), e **(ii)** a data da ciência da violação do direito e da extensão

17 “O direito segurança jurídica no processo constitui direito certeza, estabilidade, confiabilidade e efetividade das situações jurídicas processuais. Ainda, a segurança jurídica determina não só segurança no processo, mas também segurança pelo processo” (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 281).

18 E.g., TJSP, Apelação Cível nº 1013093-40.2015.8.26.0114, 14ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Thiago de Siqueira, DJ 31/08/2018 (SÃO PAULO, 2018a).

dos danos, que pode ocorrer após ação penal (art. 200, CC/02),¹⁹ após a decisão condenatória final do Cade,²⁰ ou quando da celebração ou rescisão do contrato.²¹

Caso o (3.1.1.ii) processo esteja pendente no momento da entrada em vigor da lei nova (i.e., a ação tenha sido ajuizada até 15/11/2022, dia anterior à entrada em vigor da Lei nº 14.470/2022), o prazo prescricional aplicável é o da lei antiga, ou seja, três anos (art. 206, §3º, V, CC/02).

Se extrai da jurisprudência do c. STJ que inexistente direito adquirido a prazo prescricional em curso (mas apenas expectativa de direito), cabendo às partes se submeterem ao regimento jurídico novo. Segundo a Corte Especial, a contagem do novo prazo, por óbvio, só tem início com a entrada em vigor da inovação legislativa. A jurisprudência, no entanto, estabelece duas exceções para a incidência do prazo definido pelo novo diploma legal: **(i)** se o prazo de prescrição aplicável anteriormente já tiver se consumado; ou **(ii)** se a ação já tiver sido ajuizada antes da entrada em vigor da lei nova.²²

Recentemente, a Terceira Turma do STJ analisou a prescrição de pretensão de reparação de dano concorrencial decorrente de conduta anticompetitiva no Recurso Especial nº 2.095.107/SP, referente a uma ação ajuizada em 2016, e entendeu que se aplicava ao caso dos autos a regra prevista no art. 206, §3º, V, do CC/02, que define a prazo de prescrição de três anos. Isso porque “quando da entrada em vigor do prazo estabelecido pela nova legislação, a presente ação já se encontrava em andamento”.²³

Por fim, com relação às (3.1.1.iii) ARDCs ainda não iniciadas, que dizem respeito a ilícitos anticoncorrenciais ocorridos antes da entrada em vigor da Lei nº 14.470/2022, conforme entendimento do c. STJ, há a incidência imediata do novo prazo de prescrição trazido por ela, desde que a prescrição ainda não tenha sido consumada.

No julgamento do recurso supramencionado, o Min. Rel. Villas Boas Cueva acompanha o entendimento da doutrina no sentido de que deve ser computado o decurso do tempo já transcorrido durante a vigência da norma anterior (i.e., até 3 anos), estando o novo prazo limitado ao tempo restante do período pretérito, quando mais reduzido em relação ao novo regramento.

Ou seja, para que seja aplicável o prazo prescricional de cinco anos para os fatores geradores anteriores à Lei nº 14.470/2022, o termo inicial da pretensão indenizatória tem que se dar dentro de três anos anteriores à entrada em vigor da nova lei (i.e. 16/11/2022). Isso porque, se a pretensão for exercitável antes desses anos, o prazo prescricional será integralmente regido pela lei antiga (art. 206, §3º, V, do CC/02). Do contrário, se o prazo prescricional começar a correr dentro dos três anos, há tempo suficiente para a Lei nº 14.470/2022 (e o prazo prescricional abrangente) incidir na pretensão.

19 Vide: TJSP, Agravo de Instrumento nº 2066435-97.2015.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Sergio Alferi, Dj 15/09/2015 (SÃO PAULO, 2015).

20 Vide: TJSP, Apelação nº 1076386-55.2017.8.26.0100, 4ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Alcides Leopoldo, Dj 10/02/2022 (SÃO PAULO, 2022a); TJSP, Apelação Cível nº 1076706-08.2017.8.26.0100, 30ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Lino Machado, Dj 01/12/2021; etc (SÃO PAULO, 2021a).

21 Vide: TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.06.984815-8/033, 11ª Câmara Cível, Des. Rel. Mariza de Melo Porto, DJe 06/07/2016 (MINAS GERAIS, 2016); TJSP, Apelação Cível nº 1000180-60.2021.8.26.0067, 34ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Lígia Araújo Bisogni, Dj 08/08/2022; etc (SÃO PAULO, 2022b).

22 Vide: STJ, Recurso Especial nº 2.022.552/RS, Terceira Turma, Min. Rel. Nancy Andrighi, Dje 09/12/2022 (BRASIL, 2022b).

23 STJ, REsp nº 2.095.107/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, Dje 06/10/2023 (BRASIL, 2023).



3.1.2. Análise da aplicabilidade no caso de fatos geradores posteriores à Lei nº 14.470/2022

Para as ARDCs que concernem fatos geradores posteriores à Lei nº 14.470/2022, segundo Medrado et al. (2023), o prazo prescricional e seu respectivo termo inicial muda de acordo com a modalidade da ARDC:²⁴

(3.1.2.i) para as **ações follow-on**,²⁵ é clara a imediata aplicação da Lei nº 14.470/2022 nos termos do §2º do art. 46-A, e, pois, aplicável o prazo prescricional de cinco anos, sendo seu termo inicial a publicação da decisão condenatória do Cade. Esse entendimento não destoa daquele proferido no julgamento do REsp 2.095.107/SP;

²⁶

(3.1.2.ii) para as **ações stand-alone**,²⁷ haveria uma nova controvérsia:

(3.1.2.ii.1) poder-se-ia defender a aplicação do prazo prescricional de cinco anos da Lei nº 14.470/2022, com o termo inicial sendo o exato momento em que a vítima teve ciência inequívoca do ato lesivo e de sua extensão, estipulado pelo STJ no julgado do REsp 1.971.316/SP;²⁸ Esse entendimento é o mesmo extraído do REsp 2.095.107/SP, pois o acórdão trata o prazo prescricional de cinco anos como um só para ambas as modalidades de ARDC;²⁹

(3.1.2.ii.2) ao passo que, também é possível defender que a melhor orientação do prazo prescricional viria do julgamento do REsp nº 1.971.316/SP pelo STJ, ao determinar a aplicação do prazo do art. 206, §3º, V, do CC/02 (3 anos).

24 “Em relação à prescrição, a Lei nº 14.470/2022 é clara quando se trata de ações de indenização por danos concorrenciais que sejam derivadas de decisão condenatória do Cade (ações follow-on). Nesses casos, a prescrição é de cinco anos a partir da publicação do julgamento final do processo administrativo pelo Cade. [...] Para as ações stand-alone de reparação de danos posteriores à Lei nº 14.470/2022, há quem defenda que o prazo prescricional de cinco anos estabelecido na Lei nº 14.470/2022 continua sendo aplicado, com a mudança apenas do termo inicial da prescrição. Por outro lado, há também quem defenda que, em não havendo decisão condenatória do Cade, a melhor orientação não viria da Lei nº 14.470/2022, mas sim do julgado do STJ, ao determinar a aplicação da regra geral de três anos estabelecida no artigo 206, § 3º, V, do Código Civil.” (MEDRADO et al., 2023).

25 ARDCs baseadas em uma condenação prévia do Cade.

26 “[...] 4. A prescrição da pretensão de natureza reparatória de dano oriundo de infração à ordem econômica possui regulamentação na Lei nº 12.529/2011, que teve sua redação alterada pela Lei nº 14.470/2022. O prazo aplicado antes da alteração legislativa era o da regra geral para fins de reparação civil extracontratual prevista no art. 206, § 3º, inciso V, do Código Civil, ou seja, 3 (três) anos. A nova lei ampliou o prazo prescricional para 5 (cinco) anos e estabeleceu regras específicas para sua contagem, conforme redação do art. 46-A, caput e parágrafos, da Lei nº 12.529/2011. [...] 7. O termo inicial da contagem do prazo prescricional para as ações follow-on, conforme dispõem os §§ 1º e 2º do art. 46-A, inicia-se apenas com a ciência inequívoca do ilícito. A lei esclarece que a ciência inequívoca se refere à publicação da decisão definitiva do Cade reconhecendo o ilícito.” (STJ, REsp nº 2.095.107/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Dje 06/10/2023) (BRASIL, 2023).

27 ARDCs ajuizadas diretamente no Poder Judiciário, para comprovar conduta anticoncorrencial que não foi objeto de investigação ou condenação do Cade.

28 STJ, REsp nº 1.971.316/SP, Quarta Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Dje 14/12/2022 (BRASIL, 2022a).

29 “A nova lei ampliou o prazo prescricional para 5 (cinco) anos e estabeleceu regras específicas para sua contagem, conforme redação do art. 46-A, caput e parágrafos, da Lei nº 12.529/2011.” (STJ, REsp nº 2.095.107/SP, Terceira Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Dje 06/10/2023) (BRASIL, 2023).

3.2. Art. 47, §1º: Sistema de double damages em caso de cartel

Por se tratar também de natureza material, repetir-se-á a subdivisão na análise para se avaliar a aplicabilidade no caso de fatos geradores anteriores ou posteriores à nova lei.

3.2.1. Análise da aplicabilidade no caso de fatos geradores anteriores à Lei nº 14.470/2022

Mais uma vez, por metodologia, passa-se a analisar a aplicação desse dispositivo sob a perspectiva de ARDCs (i) já extintas, (ii) pendentes, ou (iii) a serem iniciadas.

Sem delongas, a Lei nº 14.470/2022 não pode retroagir para as (3.2.1.i) ações já extintas, em razão da formação de coisa julgada.

Com relação às (3.2.1.ii) ARDCs pendentes não há jurisprudência e/ou doutrina acerca da existência ou não de direito adquirido ao cálculo da indenização devida. Por isso, propõe-se uma separação teórica dessas ações, entre aquelas em que:

(3.2.1.ii.a) houve prolação de sentença condenatória transitada em julgado: a separação é teórica na medida em que não há registros de ações ressarcitórias por danos concorrenciais em que houve a prolação de sentença condenatória transitada em julgado. Na verdade, a grande maioria das ARDCs que já estão extintas não tiveram a chance de chegar à fase decisória, sendo julgadas extintas preliminarmente, em razão da suposta prescrição, ou ausência de demonstração de algum elemento de responsabilidade civil – geralmente, o dano. Todavia, para fins de completude, as ARDCs ajuizadas anteriormente à Lei nº 14.470/2022 fundamentaram o valor da sua pretensão indenizatória pela extensão do dano, nos termos do art. 944, CC/02.

(3.2.1.ii.b.) o quantum debeatur ainda está em discussão: essas, por sua vez, podem ser separadas entre aquelas em que:

(3.2.1.ii.b.1) não houve ainda nenhum juízo sobre o quantum indenizatório: para esses casos, as autoras vislumbram duas possibilidades, com base na existência ou inexistência de situação jurídica consolidada, ou formação de ato jurídico perfeito e/ou direito adquirido, bem como em respeito ao princípio da segurança jurídica: **(i)** a aplicação imediata da norma do §1º do art. 47 da Lei nº 14.470/2022, que institui o sistema de *double damages*; ou **(ii)** a aplicação da lei antiga, que estipula que a indenização realizar-se-á pela extensão dos danos sofridos (art. 944, CC/02);

(3.2.1.ii.b.2) estão em sede de recurso: caso haja alguma sentença condenatória com base no art. 944, CC/02, que estivesse sendo discutida em sede de recurso, não seria possível aplicar a Lei nº 14.470/2022 retroativamente para incidir o sistema de *double damages*, tendo em vista a violação do princípio de segurança jurídica.

No caso de (3.2.1.iii) ARDCs ainda não iniciadas, que concernem ilícitos concorrenciais



ocorridos anteriormente da vigência da Lei nº 14.470/2022, se vislumbra a mesma problemática existente nas ARDCs em curso em que não houve ainda nenhum juízo sobre o valor indenizatório (item 3.2.1.ii.b.1)

3.2.2. Análise da aplicabilidade no caso de fatos geradores posteriores à Lei nº 14.470/2022

Finalmente, para as ARDCs que concernem fatos geradores posteriores à Lei nº 14.470/2022, aplica-se imediatamente a nova lei, adotando o sistema de *double damages* para as decisões condenatórias supervenientes.

3.3. Art. 47, §3º: Exclusão da responsabilidade solidária para infratores signatários de Acordo de Leniência e TCC

Por fim, como o último dispositivo a ser analisado também trata de norma material, cabível a diferenciação entre a aplicabilidade nos casos em que os fatos geradores antecedem ou sucedem a Lei nº 14.470/2022.

3.3.1. Análise da aplicabilidade no caso de fatos geradores anteriores à Lei nº 14.470/2022

De praxe, passa-se novamente a analisar a aplicação do §3º do art. 47 sob a perspectiva de ARDCs (i) já extintas, (ii) pendentes, ou (iii) a serem iniciadas.

Tendo em vista a determinação constitucional de que a lei nova não retroagirá o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, por óbvio, a Lei nº 14.470/2022 não tem aplicação em ARDCs já extintas (3.3.1.i).

Já com relação às ARDCs ainda em curso (3.3.1.ii) a situação é mais complicada, podendo essas serem divididas entre aquelas em que:

(3.3.1.ii.a) a solidariedade passiva dos infratores foi reconhecida por decisão declaratória transitada em julgado: aqui, a divisão também é apenas para fins de completude, vez que não há registros de ações ressarcitórias por danos concorrenciais em que o juízo proferiu alguma decisão, interlocutória ou não, analisando se os infratores pelos danos concorrenciais são solidariamente responsáveis pelo dano total ocasionado. De qualquer forma, pensando na situação hipotética de existir decisão com esse conteúdo transitada em julgado, a Lei nº 14.470/2022 não poderia retroagir. Nesse contexto, mesmo os infratores que firmaram com o Cade acordos premiados (Leniência ou TCC), em busca de extinção da punibilidade e desconto de multa, poderiam ser considerados solidariamente responsáveis pelos danos causados às vítimas, caso tivessem concorrido diretamente para os ilícitos concorrenciais. A solidariedade passiva entre eles seria inequívoca e encontra fundamento no art. 942, do CC/02 e art. 33, da LDC.

(3.3.1.ii.b) a solidariedade passiva dos infratores ainda está em discussão: essas, por sua vez, podem ser separadas entre aquelas em que:

(3.3.1.ii.b.1) não houve ainda nenhum juízo sobre a questão da solidariedade passiva: de igual forma, quando não houve ainda nenhuma apreciação sobre a quota-parte dos codevedores na obrigação ressarcitória, é possível pensar em duas alternativas: **(i)** a possibilidade da aplicação imediata do dispositivo em questão, por meio do qual o investigado que cooperou com o Cade responde apenas pelos danos que causou; ou **(ii)** a aplicação do instituto da solidariedade passiva entre os infratores, independentemente de celebração de Leniência ou TCC (art. 942, CC/02 c/c art. 33, LDC).

(3.3.1.ii.b.2) estão em sede de recurso: caso já houvesse alguma decisão exauriente sobre o assunto, com base nos dispositivos anteriores à Lei nº 14.470/2022, difícil seria argumentar pela sua retroatividade para retirar o infrator que colaborou da obrigação solidária pelos danos totais resultantes, à luz da potencial formação de direito adquirido da vítima de ser ressarcida por qualquer um dos codevedores (art. 275, do CC/02).

Analisando, pois, as (3.3.1.iii) ARDCs ainda não iniciadas, que dizem respeito ilícitos anticoncorrenciais ocorridos antes da entrada em vigor da Lei nº 14.470/2022, entende-se pela existência da mesma controvérsia nas ações pendentes em que não foi proferido ainda nenhum juízo sobre a questão da solidariedade passiva (item 3.2.1.ii.b.1).

3.3.2. Análise da aplicabilidade no caso de fatos geradores posteriores à Lei nº 14.470/2022

Enfim, no que concerne as ARDCs ainda não ajuizadas, que se referem à fatos geradores posteriores à Lei nº 14.470/2022, aplica-se imediatamente a nova lei, os infratores que celebraram acordos premiados com o Cade poderão somente ser responsabilizados pelo dano que causaram aos prejudicados, não respondendo pelos danos causados pelos demais co-infratores da infração à ordem econômica.

CONCLUSÕES PRELIMINARES

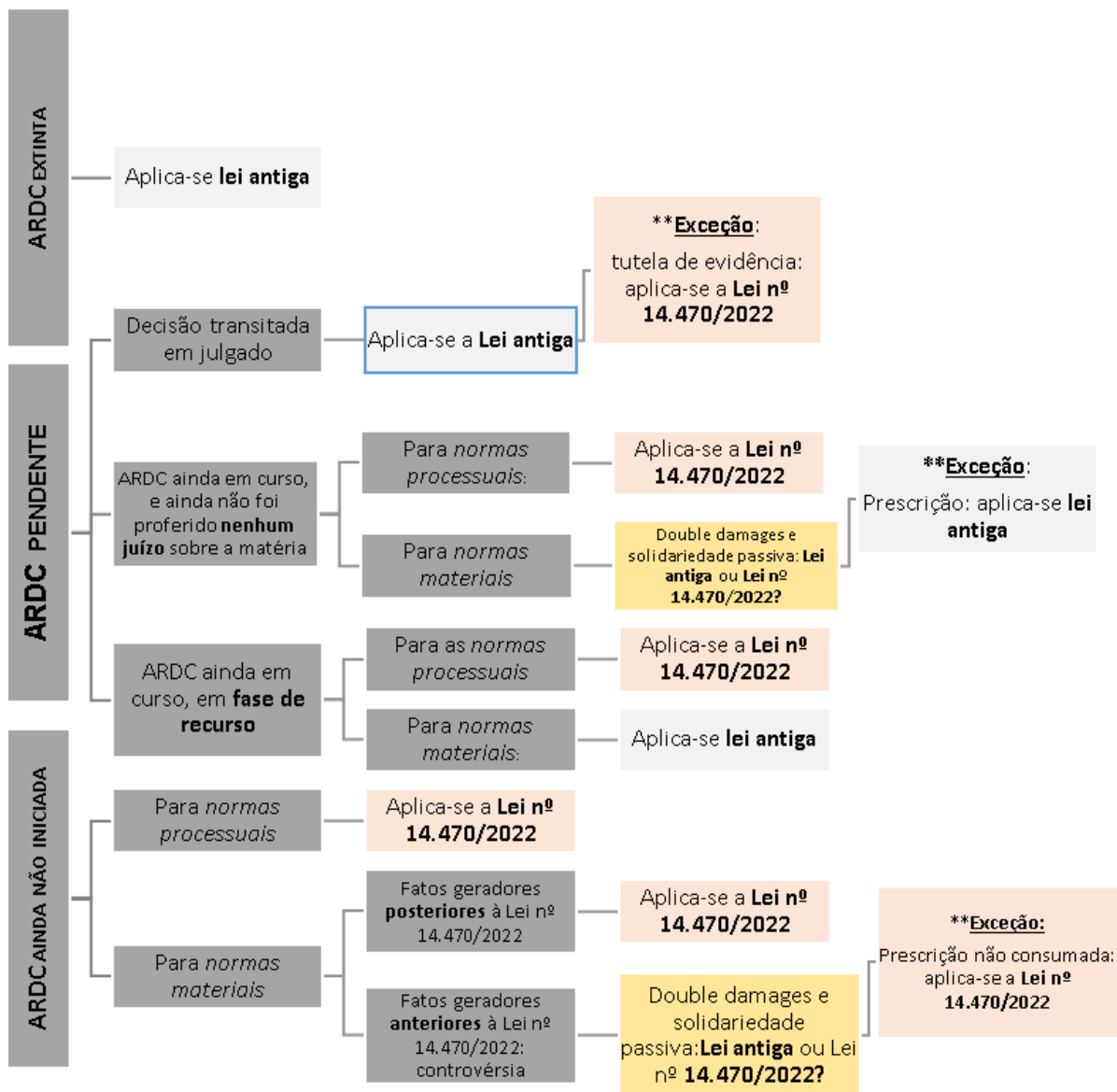
Diante de tudo que foi exposto, as hipóteses acerca da aplicação das disposições contidas na Lei nº 14.470/2022 devem ser analisadas cuidadosamente pela doutrina e tribunais brasileiros, na medida em que terão um grande impacto no curso da maioria das ações reparatórias, que estão ainda em curso atualmente no Judiciário brasileiro.

A maior dificuldade parece residir, como já se poderia esperar, nas normas de natureza material, em especial, nas ARDCs ainda em curso e naquelas a serem iniciadas referentes à fatos geradores anteriores à entrada em vigor da Lei nº 14.470/2022. Já para aquelas extintas ou a serem iniciadas referentes a fatos geradores posteriores à entrada em vigor da lei nova, as reflexões oriundas do direito processual parecem ser bem menos controversas.



A imagem a seguir apresenta todo o passo a passo a ser seguido quando da análise da aplicabilidade da Lei nº 14.470/2022, quando interpretada pela sua natureza material ou processual.

Organograma 1 - Mapa mental da análise da aplicabilidade da Lei nº 14.470/2022 nas ARDCs extintas, pendentes e ainda não ajuizadas



Fonte: elaboração própria.

Em suma, portanto, é possível chegar a algumas conclusões preliminares sobre a aplicação da Lei nº 14.470/2022. No caso de **processos já extintos**, a Lei nº 14.470/2022 não retroage em nenhuma hipótese, tendo em vista a constituição de coisa julgada, ou, no caso da norma do art. 47-A, em razão da ausência de ação em trâmite para que seja possível a dedução de que o direito do autor é de fato evidente.

Para os **processos ainda pendentes**, é possível dissecar as hipóteses em três, de acordo com

o momento processual da ARDC:

- Se houve decisão transitada em julgado, a Lei nº 14.470/2022 não retroage, tendo em vista a existência de coisa julgada. O art. 47-A se destaca como uma exceção a esse entendimento, vez que a concessão de tutela de evidência decorre de atividade de cognição sumária, e não exauriente e, portanto, não é apta a fazer coisa julgada material.
- Se a ação ainda está em curso, e ainda não foi proferido nenhum juízo sobre a matéria:
 - o *Para as normas processuais:* aqui há uma situação jurídica pendente, portanto, aplica-se a Lei nº 14.470/2022.
 - o *Para as normas materiais:* para as normas sobre *double damages* e solidariedade passiva, há uma controvérsia – se há a aplicação imediata da Lei nº 14.470/2022, ou aplicação da lei vigente ao tempo da conduta, tendo em vista os institutos do ato jurídico perfeito, direito adquirido, e em respeito ao princípio da segurança jurídica. Já no caso de prescrição, é entendimento da jurisprudência e doutrina que lei nova sobre prazo prescricional incide imediatamente, com exceção de ações já ajuizadas antes da entrada em vigor da lei nova.
- Se a ação está em curso, porém em fase de recurso:
 - o *Para as normas processuais:* aplica-se as normas da Lei nº 14.470/2022. No caso da tutela de evidência, trata-se de tutela provisória, podendo ser revogada ou modificada a qualquer tempo; no caso do repasse do sobrepreço, é entendimento da jurisprudência que não opera a preclusão da decisão anterior que distribuiu ou inverteu o ônus da prova se a parte interessada recorreu da decisão.
 - o *Para as normas materiais:* as decisões que declaram as pretensões prescritas, definem o *quantum debeat* e que reconhecem a responsabilidade solidária dos infratores podem ser caracterizados como atos jurídicos perfeitos ou resultam em direito adquirido, portanto, a Lei nº 14.470/2022 não retroage.

E, para os **processos ainda não iniciados**, a aplicabilidade das normas da Lei nº 14.470/2022 vai depender da sua natureza:

- Para as normas de direito processual (tutela de evidência e vedação do repasse do sobrepreço), a Lei nº 14.470/2022 incide desde logo, tendo em vista a aplicabilidade imediata do direito processual;
- Já para as normas de direito material (prescrição, *double damages* e exclusão da responsabilidade solidária) terão aplicabilidade imediata se os fatos geradores foram posteriores à Lei nº 14.470/2022. Caso os fatos geradores sejam anteriores à Lei nº 14.470/2022, nas normas sobre *double damages* e solidariedade passiva, vislumbra-se a mesma polêmica existente nas ações em curso em que ainda



não foi proferido nenhum juízo sobre a matéria. No caso do prazo prescricional, todavia, há a incidência imediata do novo prazo prescricional mais abrangente, desde que não consumada a prescrição.

Há que se acompanhar, portanto, a aplicação concreta das normas pelo judiciário, tendo em vista a certeza de que endereça inúmeros desafios não apenas para os profissionais atuantes no direito da concorrência, mas em especial para os processualistas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Brasília: Presidência da República, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 6 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.971.316/SP**. Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 14 de dezembro 2022a. Disponível em: <https://bit.ly/3Sud1E6>. Acesso em: 6 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 2.022.552/RS**. Terceira Turma. Relator: Ministra Nancy Andrighi, 9 de dezembro de 2022b. Disponível em: <https://bit.ly/46ZZGHI>. Acesso em: 11 out. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 2.095.107/SP**. Terceira Turma. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 6 de outubro de 2023. Disponível em: <https://bit.ly/40tlg4U>. Acesso em: 11 out. 2023.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book.

CASELTA, Daniel Costa. Nova lei busca promover indenizações em matéria concorrencial. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 4 dez. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/3Mhmcnh>. Acesso em: 7 set. 2023.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Comentários ao Código de Processo Civil: Das normas processuais civis e da função jurisdicional**. São Paulo: Saraiva, 2018.

GOMES, Adriano Camargo. **Ação de Reparação por Danos Concorrenciais de acordo com a lei nº 14.470/2022**. São Paulo: Quartier Latin, 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1, parte geral.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Direito Processual Civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEDRADO, Renê et al. Há embate entre a Lei 14.470/22 e a decisão do STJ no REsp 1.971.316/SP? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 11 jan. 2023. Disponível em: <https://bit.ly/3Fvex11>. Acesso em: 6 set. 2023.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. 11ª Câmara Cível. **Apelação Cível nº 1.0024.06.984815-8/033**. Relatora: Desembargadora Mariza de Melo Porto, 06 de julho de 2016.

Disponível em: <https://bit.ly/3QPcrQ4>. Acesso em: 06 set. 2023.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil comentado**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 0015994-39.2018.8.19.0000**. 16ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Mauro Diskstein, 11 de maio de 2018. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-RJ/attachments/TJ-RJ_AI_00159943920188190000_f843e.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEO67SMCVA&Expires=1697027630&Signature=W8MQ2ipGsTyGFKIfTwXpmoWQ650%3D. Acesso em: 11 out. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 4ª Câmara de Direito Privado. **Apelação nº 1076386-55.2017.8.26.0100**. Relator: Desembargador Alcides Leopoldo, 10 de fevereiro de 2022a. Disponível em: <https://bit.ly/40oQ0Ec>. Acesso em: 06 set. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 5ª Câmara de Direito Privado. **Apelação nº 1076730-36.2017.8.26.0100**. Relator: Desembargador Fábio Podestá, 29 de maio de 2019a. Disponível em: <https://bit.ly/46hkytb>. Acesso em: 06 set. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 8ª Câmara de Direito Privado. **Apelação nº 1076944-27.2017.8.26.0100**. Relator: Desembargador Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, 9 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://bit.ly/462wmPy>. Acesso em: 6 set. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 14ª Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível nº 1013093-40.2015.8.26.0114**. Relator: Desembargador Thiago de Siqueira, 31 de agosto de 2018a. Disponível em: <https://bit.ly/49pWuqM>. Acesso em: 6 set. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 27ª Câmara de Direito Privado. **Agravo de Instrumento nº 2066435-97.2015.8.26.0000**. Relator: Desembargador Sergio Alfieri, 15 de setembro de 2015. Disponível em: <https://bit.ly/3slZFPr>. Acesso em: 6 set. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 29ª Câmara de Direito Privado. **Agravo de Instrumento nº 2043052-51.2019.8.26.0000**. Relator: Des. Carlos Henrique Miguel Trevisan. 26 de abril de 2019b. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJ-SP_AI_20430525120198260000_aeda2.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEO67SMCVA&Expires=1696963686&Signature=jul%2F0BxqrlCtjic43PG9mQOXISE%3D. Acesso em: 11 out. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 30ª Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível nº 1076706-08.2017.8.26.0100**. Relator: Desembargador Lino Machado, 1 de dezembro de 2021a. Disponível em: <https://bit.ly/3seluPU>. Acesso em: 6 set. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 30ª Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível nº 1077205-89.2017.8.26.0100**. Relator: Desembargador Carlos Russo, 27 de novembro de 2019c. Disponível em: <https://bit.ly/3Ss1ZPo>. Acesso em: 6 set. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 31ª Câmara de Direito Privado. **Agravo de Instrumento nº 2118438-24.2018.8.26.0000**. Relator: Desembargador Paulo Ayrosa. 11 de



julho de 2018b. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/TJ-SP/attachments/TJSP__21184382420188260000_c5180.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEO67SMCVA&Expires=1696964366&Signature=4%2FMvA6vC%2FOSv5Jc7sUXurWYl8ww%3D. Acesso em 11 out. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 32ª Câmara de Direito Privado. **Apelação nº 1049985-19.2017.8.26.0100**. Relator: Desembargador Caio Marcelo Mendes de Oliveira, 13 de maio de 2021b. Disponível em: <https://bit.ly/40GFMiZ>. Acesso em: 06 set. 2023.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 34ª Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível nº 1000180-60.2021.8.26.0067**. Relator: Desembargadora Lígia Araújo Bisogni, 8 de agosto de 2022b. Disponível em: <https://bit.ly/3SpFg6N>. Acesso em: 6 set. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz; PESSOA, Fabio Guidi Tabosa (coord.). **Direito intertemporal**. Salvador: JusPodivm, 2016.

10

CARTÉIS EM LICITAÇÕES PÚBLICAS: ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO CADE ENVOLVENDO A PENA DE PROIBIÇÃO DE PARTICIPAR EM LICITAÇÕES PÚBLICAS¹

Cartels in public procurement: Analysis of Cade jurisprudence involving the penalty of suspension from participating in public tenders

Ivan Lago Mariotto²

Fundação Getúlio Vargas (FGV) – São Paulo/SP, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: Os cartéis em licitações públicas estão entre as infrações mais graves à ordem econômica previstas na Lei de Defesa da Concorrência (LDC) e têm ganhado maior relevância nos últimos anos. Dentre as penas previstas na LDC para infrações à ordem econômica está a proibição de participar em licitações públicas por período não inferior a 5 anos, prevista em seu art. 38, II.

Objetivo: O artigo analisou a jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), com o objetivo de identificar quais foram os critérios utilizados para justificar a aplicação dessa sanção nas decisões proferidas, bem como a forma pela qual esses critérios foram empregados. A partir disso, buscou-se constatar se há coerência e segurança jurídica na jurisprudência do Tribunal do Cade quanto aos critérios discutidos na aplicação dessa pena.

Método: O artigo foi estruturado a partir de uma análise de jurisprudência, com enfoque nos elementos das decisões analisadas. O recorte jurisprudencial foi temático e temporal, considerando as condenações pela proibição de licitar determinadas pelo Cade entre os anos 2007 e 2022. A pesquisa de casos foi feita por meio de busca textual na página de pesquisa pública do Cade, no Sistema Eletrônico de Informações (SEI), e de pedidos de acesso à informação feitos por meio do Serviço de Informação ao Cidadão (SIC).

Conclusão: Como resultado, foi possível identificar que apenas 55% das decisões pela aplicação dessa pena foram acompanhadas de algum critério, não havendo uniformidade nos critérios empregados nas decisões. Foram identificados 7 critérios diferentes, que podem ser classificados como positivos ou negativos. Alguns deles trazem ainda problemas e questões relevantes na maneira em que foram

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

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

1 **Recebido em:** 27/07/2023 **Aceito em:** 06/11/2023 **Publicado em:** 21/12/2023

2 É advogado no Mello Torres Advogados, atuando na área de direito concorrencial e proteção de dados. Bacharel em Direito na Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP). **E-mail:** ivan.mariotto@gmail.com

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0797268434944959> **ORCID:** <https://orcid.org/0009-0006-6566-4897>



aplicados.

Palavras-chave: Direito da Concorrência, Cartel em Licitação, Proibição de Participar em Licitações, Cade, Lei de Defesa da Concorrência.

STRUCTURED ABSTRACT

Context: Cartels in public procurement (bid rigging) are among the most serious antitrust violations established in the Brazilian Antitrust Law (LDC) and have gained greater relevance in recent years. Among the penalties fixed in the LDC for antitrust infractions is the suspension from participating in public tenders for a period of not less than 5 years, provided in its article 38, II.

Objective: The present article analyzed the jurisprudence of the Brazilian Antitrust Authority (Cade), in order to identify the criteria used to justify the imposition of this sanction in the decisions rendered, as well as the way in which these criteria were applied. From this, it was possible to verify if there is coherence and legal certainty in CADE's jurisprudence regarding the criteria discussed in the application of this penalty.

Method: The article was structured from an analysis of jurisprudence, focusing on the elements of the analyzed cases. The precedents cut was thematic and temporal, considering the decisions for the suspension from participating in public tenders taken by CADE between 2007 and 2022. The case research was carried out through a textual search on CADE's public research page, on the Electronic Information System (SEI) and through requests for access to information made through the Citizen Information Service (SIC).

Conclusions: As a result, it was possible to identify that only 55% of the decisions for the application of this penalty were based in some criteria, with no uniformity in the criteria used in such decisions. Seven different criteria were identified, which can be classified as positive or negative. Some of them also bring relevant problems and issues in how they were applied.

Keywords: Competition Law, Cartel in Public Procurement, Suspension from Participating in Public Tenders, Brazilian Antitrust Authority – Cade, Antitrust Law.

Classificação JEL: L41

Sumário: 1. Introdução; 2. Panorama geral da jurisprudência do Cade; 3. Critérios utilizados nas decisões; 4. Critérios negativos x critérios positivos; 5. Critérios empregados pelo Cade; 6. Resultados e conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

As compras governamentais via licitação pública, em suas diferentes formas, desempenham um papel de suma importância na economia nacional. Segundo o Painel de Compras do Ministério da Economia (PAINEL..., 2023), somente no ano de 2019 cerca de R\$130 bilhões foram gastos em licitações públicas, com mais de 45 mil processos de compras públicas nessa modalidade.

O ex-presidente do Cade Alexandre Barreto afirmou, na abertura da Semana Nacional de Combate a Cartéis de 2021 (CADE, 2021), que o cartel em licitação pode ser considerado a forma mais

grave de infração à ordem econômica, pois além de gerar os mesmos danos de um cartel tradicional, resulta em prejuízos diretos ao erário. A magnitude dos prejuízos pode tomar grandes proporções. Segundo estudo realizado pela OCDE, o sobrepreço em cartéis pode superar 50% (OECD, 2002, p. 72).

A Lei de Defesa da Concorrência estabelece, em seu artigo 36, §3º, I, d (BRASIL, 2011), que acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma, preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública, caracteriza infração da ordem econômica. Nessa lógica, o Cade define cartel em licitação como o "conluio entre agentes econômicos com o objetivo de eliminar ou restringir a concorrência dos processos de contratação de bens e serviços pela Administração Pública" (BRASIL, 2019c, p. 11).

Os artigos 37 e 38 da mesma lei estabelecem as penas aplicáveis nos casos de infrações. O artigo 37 trata da aplicação de multa, que é historicamente a sanção mais aplicada pelo Cade em caso de condutas anticompetitivas (OLIVEIRA, 2020, p. 146). Já o artigo 38 prevê um rol exemplificativo³ de sanções não pecuniárias, dentre as quais figura a proibição de participar em licitações públicas por um período de pelo menos cinco anos:

*Art. 38. Sem prejuízo das penas cominadas no art. 37 desta Lei, quando assim **exigir a gravidade dos fatos** ou o **interesse público geral**, poderão ser impostas as seguintes penas, isolada ou cumulativamente:*

*II - a **proibição** de contratar com instituições financeiras oficiais e **participar de licitação tendo por objeto aquisições, alienações, realização de obras e serviços, concessão de serviços públicos, na administração pública federal, estadual, municipal e do Distrito Federal, bem como em entidades da administração indireta, por prazo não inferior a 5 (cinco) anos;**⁴ (BRASIL, 2011, grifo nosso).*

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a lei qualifica determinadas condutas como infrações administrativas com o objetivo de desestimular esses comportamentos. Logo, de um lado as sanções cumprem a função de intimidar eventuais infratores, enquanto de outro desincentivam a reincidência dos que já praticaram infrações (MELLO, 2014, p. 872, 873). É importante ainda destacar que o objetivo da sanção administrativa não compreende intentos de castigo ou represália (MELLO, 2014, p. 873), o que é um ponto importante na discussão da pena objeto deste artigo, visto que que ela pode ser capital para uma empresa, tal como será abordado a diante.

A Professora Amanda Athayde afirma que as sanções não pecuniárias podem ser vistas como uma maneira de fortalecer o *enforcement* antitruste, o que pode se dar sob três diferentes perspectivas: (i) risco de *underdeterrence*, isto é, as sanções pecuniárias não são suficientes em algumas ocasiões, devendo ser combinadas com sanções não pecuniárias para atingir níveis maiores de severidade e dissuasão; (ii) risco de *overdeterrence*, ou seja, sanções não pecuniárias podem ser utilizadas para evitar a aplicação de sanções pecuniárias, que podem ser excessivamente gravosas;

3 O inciso VII do artigo garante se tratar de um rol exemplificativo ao elencar "qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica".

4 A Lei nº 8.884/1994 – antiga lei de defesa da concorrência – embora já tenha sido revogada pela sua sucessora de novembro de 2011, estava em vigor ao tempo dos fatos referentes a alguns dos processos aqui analisados, tendo sido utilizada em algumas das decisões. Com redação praticamente idêntica à LDC atual, seu artigo 24, II, também prevê a penalização pela proibição de participar de licitações por prazo não inferior a cinco anos. Portanto, ambos os diplomas legais dispõem da mesma maneira acerca desta matéria (BRASIL, 1994).

e (iii) perspectiva geral, pois as penas não pecuniárias possibilitam reestruturações na dinâmica competitiva dos mercados (ATHAYDE, 2022, p. 19, 27).

Com base na análise de casos feita para a elaboração do presente artigo, verificou-se a perspectiva adotada pelo Tribunal do Cade é a do risco de *underdeterrence*, isto é, aplicar a pena de proibição temporária de licitar em casos que seriam considerados mais graves. Justamente nesse sentido, o atual Presidente do Cade Alexandre Cordeiro e o ex-Superintendente-Geral Eduardo Frade afirmam que as penas não pecuniárias são exemplos de meios adicionais de dissuasão (CORDEIRO; RODRIGUES, 2018, p. 35). Ainda, de acordo com o Guia de Combate a Cartéis em Licitação do Cade, a proibição de participar de licitações públicas é "uma das punições mais severas que o Cade pode aplicar, quando se trata de cartéis em licitações" (BRASIL, 2019c, p. 15).

Conforme o *caput* do artigo 38 da LDC, os parâmetros que devem ser utilizados para determinar a condenação ao cumprimento das penas elencadas em seus incisos – dentre as quais figura a proibição de licitar – são a “gravidade dos fatos” e o “interesse público geral”. Ambos são conceitos bastante abertos, trazendo um grande grau de subjetividade na aplicação dessas sanções. Nesse contexto, cabe analisar a jurisprudência do Cade na interpretação do artigo 38, II, e em especial na aplicação dessa pena, a fim de identificar se existe algum conjunto de critérios que é utilizado pelo Tribunal do Cade, a fim de trazer um nível maior de exatidão e previsibilidade à aplicação pena de proibição de licitar.

2. A APLICAÇÃO DA SANÇÃO POR OUTROS ÓRGÃOS ADMINISTRATIVOS

Antes de analisar a jurisprudência do Cade em relação a essa matéria, vale destacar que os ilícitos praticados no âmbito de licitações públicas podem ser alvo de sanções em outras esferas e por outras autoridades. Além de infrações concorrenciais, cartéis em licitação configuram crime, conforme o art. 4º, II, da Lei nº 8.137/1990 (BRASIL, 1990), e atos lesivos à administração pública nacional, nos termos do art. 5, IV, a, da Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) (BRASIL, 2013b).

O cartel em licitação também pode estar associado a uma outra espécie de infração administrativa: a fraude a licitações. A fraude a licitações está prevista no art. 5º IV, d, da Lei Anticorrupção, no art. 155, IX, da Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações) (BRASIL, 2021c)⁵ e ainda no art. 46 da Lei nº 8.443/1992 (Lei do TCU) (BRASIL, 1992b). Embora o cartel em licitação e a fraude a licitação possam ocorrer de forma concomitante, trata-se de institutos jurídicos diferentes.

A fraude a licitação consiste em ato arditoso, enganoso, de má-fé, com objetivo de lesar ou ludibriar, ou de se furtar a cumprir um dever previsto na lei ou no instrumento convocatório da licitação (BRASIL, 2019c, p. 52). Dessa forma, a fraude a licitação pode ocorrer sem que haja um arranjo anticompetitivo, podendo inclusive ser praticada de forma unilateral, diferente do cartel.

Embora a fraude se diferencie do cartel, ela também pode ser objeto da pena de proibição de participar em licitações, que pode ser aplicada por outros órgãos além do Cade. A Nova Lei de Licitações (BRASIL, 2021c), a Lei do TCU (BRASIL, 1992b) e a Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade) (BRASIL, 1992a) também preveem a proibição de participar em licitações, seja pela figura da suspensão de participação em procedimentos licitatórios, seja pela declaração de inidoneidade para licitar, que

5 A Nova Lei de Licitações também prevê a fraude a licitações como crime, em seu art. 337-I.

gera efeitos semelhantes.⁶

Dessa forma, os tribunais de contas e os órgãos da administração pública que realizam contratações públicas também podem aplicar essa sanção. Disso surge uma discussão envolvendo o princípio do *ne bis in idem*, segundo o qual ninguém deve ser sancionado mais de uma vez em decorrência do mesmo fato (MENDES; BUONICORE; DE-LORENZI, 2022, p. 2). Trata-se de princípio oriundo do direito penal, cuja aceitação na esfera administrativa – no sentido de vedar a imposição de sanções por diferentes órgãos e entidades da administração pública – é objeto de grandes discussões (SUNDFELD; NEVES, 2023, p. 61).

No caso do cartel das lanchonetes de aeroportos (BRASIL, 2022c) algumas defesas apresentaram preliminares alegando a configuração de *bis in idem*, uma vez que a Infraero já havia aplicado as penalidades de multa e descredenciamento do Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores (SICAF)⁷, em razão do mesmo conluio objeto do processo administrativo no Cade. No entanto, o Cade rejeitou essa preliminar, arguindo que um mesmo ato praticado por um agente pode resultar em consequências diversas por violação a diferentes dispositivos legais, que por sua vez tutelam bens jurídicos distintos. Nesse sentido, o escopo de atuação do Cade não deve ser confundido com o das demais autoridades da administração pública no âmbito da repressão a infrações praticadas em licitações públicas, não se podendo falar em *bis in idem* em situações desse tipo.

3. PANORAMA GERAL DA JURISPRUDÊNCIA DO CADE

A determinação dos critérios para a aplicação de uma pena é fundamental do ponto de vista da segurança jurídica e da previsibilidade. Logo, frente à falta de clareza nos parâmetros previstos no *caput* do artigo 38 da LDC, cabe buscar na jurisprudência do Cade quais são os critérios utilizados nas decisões.

No entanto, nos 20 casos analisados não foi constatado um critério único e bem definido para determinar a condenação de proibição de participar em licitações. Em geral, os critérios empregados variaram conforme cada situação e de acordo com o Conselheiro-Relator do processo administrativo.

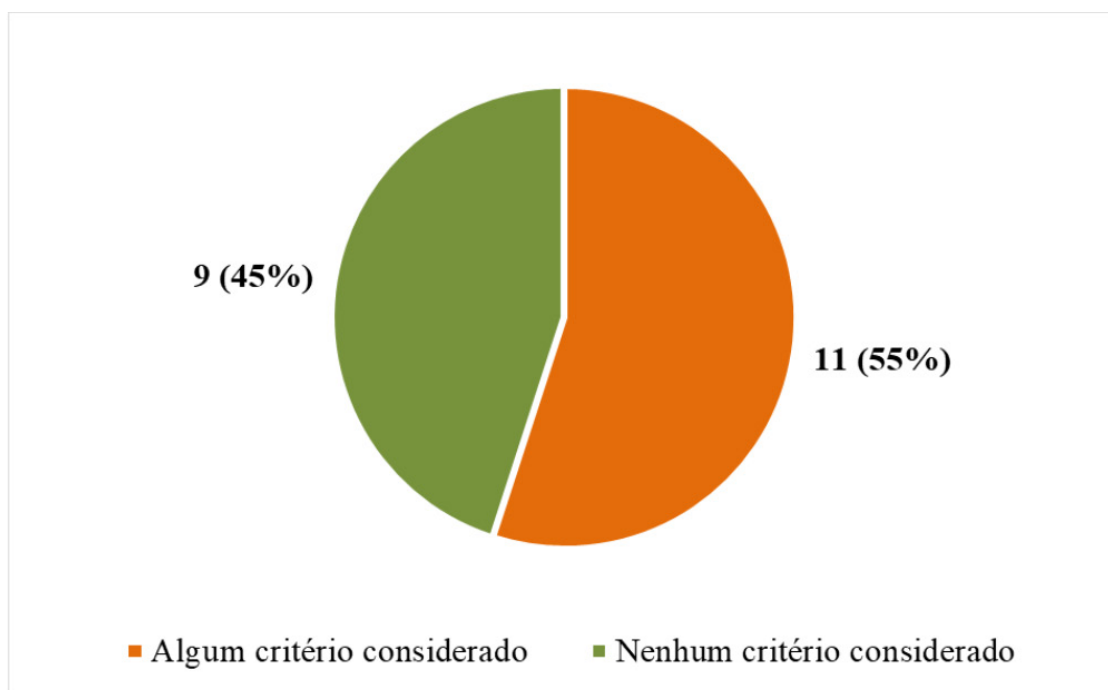
Nem todas as decisões contaram com votos que discutiram critérios. Nesses casos os Conselheiros se limitaram a determinar a aplicação da referida pena, sem fazer nenhuma explicação acerca dos seus motivos, ou se limitando a citar o texto da lei. As decisões que não envolveram discussão de nenhum tipo de critério claro representam 45% dos casos analisados:

6 Os dois institutos possuem diferenças em relação à sua duração e abrangência, mas ambos possuem como resultado final em comum a impossibilidade do sancionado em participar de procedimentos licitatórios.

7 O que trazia consequências semelhantes à proibição de participar em licitações.



Gráfico 1 – Discussão de algum critério da decisão



Fonte: elaboração própria.

4. CRITÉRIOS UTILIZADOS NAS DECISÕES

Nos casos em que algum critério foi considerado na determinação da proibição de participar em licitações, os seguintes critérios foram identificados: (a) o exercício da liderança do cartel; (b) o nível de participação do Representado na conduta; (c) os possíveis efeitos concorrenciais da proibição no mercado afetado; (d) o nível de importância para a sociedade do mercado afetado pelo cartel; (e) os efeitos da proibição para os Representados condenados; (f) o número de licitações afetadas pelo conluio; e (g) a classificação do cartel como hard core.

Tabela 1 – Casos em que o Cade condenou pela proibição de licitar

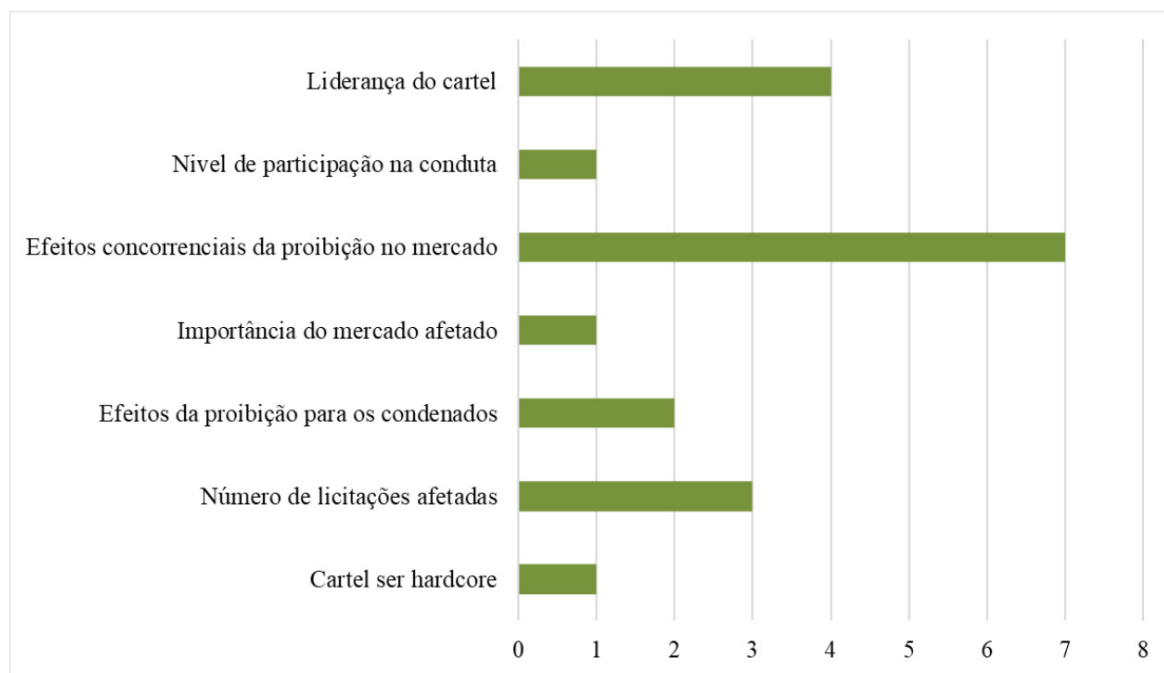
Casos em que o Cade condenou pela proibição de licitar		
Número do processo	Segmentos afetados	Crítérios discutidos
08012.010022/2008-16	Merendas escolares	Nenhum.
08700.004455/2016-94	Materiais escolares e de escritório	Nenhum.
08700.004617/2013-41	Trens e metrô	Liderança do cartel; e efeitos concorrenciais da proibição no mercado
08012.009732/2008-01	Unidades Móveis de Saúde	Cartel ser hardcore
08012.008850/2008-94	Lavanderias de hospitais	Liderança do cartel; e efeitos concorrenciais da proibição no mercado

08012.008507/2004-16	Próteses ortopédicas	Importância do mercado afetado; e número de licitações afetadas
08012.006199/2009-07	Materiais de pintura e hidráulicos	Nenhum
08012.009611/2008-51	Portas de segurança giratórias	Efeitos concorrenciais da proibição no mercado; e número de licitações afetadas
08012.010932/2007-18	Mangueiras marítimas	Efeitos concorrenciais da proibição no mercado; efeitos da proibição para os condenados; e número de licitações afetadas
08012.006130/2006-22	Serviço de manutenção predial	Liderança do cartel; e efeitos concorrenciais da proibição no mercado
08012.001826/2003-10	Serviço de vigilância	Efeitos concorrenciais da proibição no mercado; e importância do mercado afetado
08012.008821/2008-22	Remédios antirretrovirais	Nível de participação na conduta
08700.006551/2015-96	Serviços de manutenção preventiva e corretiva em veículos	Nenhum
08700.011276/2013-60	Portas de segurança detectoras de metais	Nenhum
08012.001003/2000-41	Combustíveis	Liderança do cartel
08700.007278/2015-17	Serviço de cafeteria em aeroportos	Nenhum
08700.004248/2019-82	Aluguel de equipamentos e veículos	Nenhum
08012.003706/2000-98	Serviços médico-hospitalares	Efeitos concorrenciais da proibição no mercado
08012.001099/1999-71	Emplacamento e lacração de veículos	Nenhum
08012.005882/2008-38	Sal marinho	Nenhum

Fonte: elaboração própria.



Gráfico 2 - Número de casos em que cada critério foi discutido



Fonte: elaboração própria.

5. CRITÉRIOS NEGATIVOS X CRITÉRIOS POSITIVOS

É possível dividir os sete critérios identificados nas decisões do Tribunal do Cade em dois grupos quanto à maneira como eles foram apresentados⁸ nos casos analisados.

A primeira parte dos critérios pode ser classificada como “critérios negativos”, de modo que a sanção só pode ser aplicada se a condição por eles imposta não estiver presente. Esses critérios não costumam ser capazes de motivar, isoladamente, a condenação pela proibição de licitar, mas funcionam como uma espécie de autorização para que a possibilidade de aplicar a sanção possa ser admitida.

Exemplos de critérios que podem ser enquadrados como negativos são (i) o critério dos efeitos concorrenciais da proibição no mercado afetado; e (ii) o critério dos efeitos da proibição para os Representados condenados. Ambos partem da premissa de que a proibição não deve ser determinada caso seja constatada alguma dessas situações, isto é, efeitos nocivos para a concorrência ou efeitos demasiadamente danosos para as pessoas condenadas. Por outro lado, a mera ausência dessas condições não é capaz de, isoladamente, autorizar a condenação, sendo ainda necessário que algum outro critério seja aplicado.

A partir disso há o segundo grupo, formado pelos “critérios positivos”. De forma distinta, os critérios positivos não identificam em quais casos a sanção não pode ser aplicada, mas em quais ela deve ser aplicada. São critérios que estabelecem condições que, quando cumpridas, devem resultar no emprego da pena.

⁸ Nem sempre esses critérios foram de fato utilizados para fundamentar a aplicação a sanção, mas foram discutidos em alguma medida. O critério dos efeitos da proibição para os condenados, por exemplo, foi somente discutido, sendo trazido apenas na fase recursal e não tendo pautado a decisão do Tribunal do Cade.

Exemplos de critérios positivos são (i) o critério da liderança; e (ii) o critério do cartel ser hardcore, por meio dos quais se num caso for constatada liderança do cartel, ou características que permitam a classificação daquele cartel como sendo hardcore, então deve haver condenação pela proibição de participar de licitações públicas.

Tabela 2 – Critérios negativos x critérios positivos

Critérios Negativos	Critérios Positivos
Efeitos concorrenciais da proibição no mercado	Liderança do cartel
Efeitos da proibição para os condenados	Nível de participação na conduta
	Importância do mercado afetado
	Número de licitações afetada
	Cartel ser hardcore

Fonte: elaboração própria

Os critérios negativos respondem à pergunta: “é possível discutir a aplicação da pena?”. Enquanto isso, os critérios positivos respondem ao questionamento: “a pena deve ser aplicada?”

A classificação de critérios entre negativos e positivos não é trivial. Tal divisão facilita o balanceamento entre dois princípios. De um lado, a livre iniciativa, ligada à ideia de garantir uma intervenção mínima do Estado na dinâmica concorrencial do mercado, o que dialoga com os critérios negativos. Do outro, a defesa da concorrência, que envolve a intervenção estatal na dinâmica concorrencial do mercado, a fim de preservar a concorrência, o que dialoga com os critérios positivos. Nos dois casos, o Cade tem por objetivo estimular a livre concorrência, mas de maneiras diferentes. Classificar os critérios dentro desses dois grupos distintos auxilia na ponderação entre esses dois princípios constitucionais⁹ que guiam o direito da concorrência.

6. CRITÉRIOS EMPREGADOS PELO CADE

a. Critério da liderança no cartel

Quatro dos casos analisados¹⁰ apresentaram como critério de aplicação da sanção a posição de liderança de um ou mais Representados na conduta. Em todas essas ocasiões, a liderança apareceu como a justificativa principal que motivou a penalização. A motivação dos Conselheiros parece ter sido estabelecer uma penalização diferenciada para o agente que liderou o cartel, tanto por considerar que a liderança implica em uma conduta mais grave, quanto por ser um meio de dissuasão da conduta, desestimulando que se assuma a posição de liderança em conluíus, como será explorado abaixo.

⁹ A livre concorrência está expressa no art. 170, IV, e a defesa da concorrência é prevista no art. 173, § 4º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

¹⁰ Processos Nº 08700.004617/2013-41 (BRASIL, 2019a), 08012.008850/2008-94 (BRASIL, 2016b), 08012.006130/2006-22 (BRASIL, 2017) e 08012.001003/2000-41 (BRASIL, 2013a).



Exceto no caso do cartel dos combustíveis¹¹, esse critério acompanha algum tipo de análise ligada ao risco de redução da concorrência, aplicando-se conjuntamente o critério dos efeitos concorrenciais da proibição no mercado, o que será abordado no item c. Afinal, para ter a capacidade de controlar os preços de um mercado, o cartel precisa envolver agentes econômicos com poder de mercado, que juntos detêm parcela considerável de *market share*. Dessa forma, caso a proibição seja aplicada a todos os agentes econômicos que participaram do conluio, o mercado poderá sofrer com um excesso de demanda não absorvida pelos concorrentes remanescentes, de modo a prejudicar os consumidores. Essa foi a justificativa que acompanhou a condenação no cartel dos trens e metrô, nos termos do voto do Conselheiro João Paulo de Resende:

Contudo, entendo que sua aplicação disseminada a todas ou mais empresas geraria o efeito contrário do pretendido. Isso porque, embora ela tenha a função de proteger as finanças do Estado e conferir legitimidade aos processos de contratação levados adiante pelos governos, sua aplicação de forma imprudente pode entrar em conflito com o objetivo do ente público contratante de conseguir o melhor fornecedor ao melhor preço, especialmente em economias menores e dependendo do mercado em questão, considerada a já alta concentração nestes mercados, isso porque poderá acarretar uma diminuição do número de empresas qualificadas para participar como licitantes a um nível anticompetitivo (BRASIL, 2019a).

Nessa lógica, a penalização dos líderes é vista em alguns casos como sendo uma solução intermediária. Isso se deve ao fato de que de um lado ela supre a necessidade de trazer punições adicionais para casos de cartéis em licitações públicas – fundamento *underdeterrence* –, enquanto do outro ela não prejudica a concorrência no mercado, já que apenas os líderes serão impedidos de licitar pelo período determinado. Assim, a sanção equilibraria muito bem esses interesses.

A aplicação dessa pena aos líderes do cartel também é sustentada por justificativas comportamentais. Isso foi feito no voto condutor proferido pelo Conselheiro Alexandre Cordeiro, no cartel das lavanderias hospitalares¹². O Conselheiro sustentou que, após ficar um período sem participar de licitações, o agente econômico que sofreu a punição terá como objetivo recuperar a parcela do mercado que antes detinha. Esse objetivo desestimularia a participação da empresa em novos conluios, uma vez que isso impediria que seu *market share* crescesse em relação aos concorrentes. Por isso, essa medida estimularia que o agente punido agisse em prol da concorrência futuramente, visto que ela seria a única maneira da empresa reconquistar sua participação no mercado em questão.

Na mesma ocasião, Alexandre Cordeiro afirma existir um efeito dissuasório ligado à sanção. Constatação parecida também foi feita no cartel da manutenção predial¹³, no voto do Conselheiro Paulo Burnier. O referido efeito dissuasório seria fruto do risco percebido pelas empresas de sofrer essa sanção, caso venham a liderar cartéis. Nessa lógica, haveria um forte desestímulo à tomada de liderança em conluios desse tipo. Disso pode decorrer dois resultados possíveis: (i) na falta de uma figura de liderança, as empresas optam por não formar o cartel; ou (ii) as empresas optam por

11 Em 3 dos 4 casos. A única exceção na qual o critério foi aplicado isoladamente foi no Processo Nº 08012.001003/2000-41 (BRASIL, 2013a).

12 Processo Nº 08012.008850/2008-94 (BRASIL, 2016b).

13 Processo Nº 08012.006130/2006-22 (BRASIL, 2017).

formar o cartel mesmo sem uma figura de liderança. Neste último cenário, o cartel seria mais frágil e desorganizado, o que poderia torná-lo menos estável e até mesmo mais sujeito a ser deflagrado pelas autoridades públicas. A figura do líder é tão importante que existem cartéis que são centrados fundamentalmente na liderança de um dos membros, como os cartéis que operam com liderança de preços.

Em todos os casos houve algum esforço no sentido de comprovar, por meio de relatos de Acordos de Leniência ou Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) e provas documentais, que a pessoa alvo da sanção de proibição de fato era a líder do respectivo cartel. A mera liderança de uma empresa em um mercado ou o fato de a empresa ter liderado um consórcio não basta para comprovar a sua posição de liderança em um conluio. Por isso, existem alguns padrões utilizados pelo Cade para identificar os líderes.

Os critérios utilizados não são totalmente uniformes, mas os seguintes aspectos costumam ser considerados indícios de liderança: (i) tomar a iniciativa de contatar os concorrentes para propor a formação do cartel; (ii) promover a divisão do mercado e estipular os principais elementos da conduta, como valores das propostas; (iii) fiscalizar o cumprimento dos termos acordados no conluio; (iv) reunir a maior parte das informações acerca do cartel na sede da empresa ou com seus funcionários; (v) sediar a maior parte das reuniões entre os participantes do cartel; e (vi) tomar decisões importantes no âmbito do cartel, como quanto à divisão do mercado e a formação dos preços. Os denominadores comuns da atuação do líder parecem ser a iniciativa de formar o conluio e o poder decisório dentro da estrutura do cartel.

Em algumas situações, a identificação dos líderes pode ser mais simples, não requerendo uma análise aprofundada. Exemplo disso foi a decisão no cartel dos trens e metrô¹⁴. Nesse caso, foram apresentados documentos que indicavam explicitamente que a Alstom liderou o conluio, como por exemplo o seguinte trecho de uma anotação de reunião que foi juntada como prova documental: “Divisão das encomendas com outros sob a chefia da Alstom”.

b. Critério do nível de participação na conduta

Em 1 dos casos analisados – cartel dos remédios antirretrovirais¹³ – foi utilizado o critério do nível de participação do Representado na conduta. Assim como no critério da liderança, a definição desse critério diz respeito a uma distinção identificada no comportamento de determinados Representados quando comparado com as demais pessoas condenadas.

No caso em que esse critério foi empregado, o Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos, seguido pelos outros Conselheiros do Cade, decidiu aplicar a sanção da proibição de licitar somente a duas das quatro pessoas físicas condenadas. Todavia, não apresentou qualquer explicação para isso durante o seu voto. Não obstante, analisando o capítulo da individualização das condutas do voto, é possível verificar algumas questões importantes. O esquema abaixo ilustra o cenário que existia no caso em questão:

- Condenado A: exercia posição de administrador em uma das empresas

14 Processo Nº 08700.004617/2013-41 (BRASIL, 2019a).



envolvidas e participou de combinação de preços.

- Condenado B: não exercia posição de administrador e participou de combinação de preços e lances de cobertura, além de ter de fato realizado lances de cobertura na licitação, sendo o “chefe do conluio”, já que embora não fosse administrador, detinha grande autonomia dentro da empresa¹⁵.
- Condenado C: não exercia posição de administrador e participou de combinação de preços, divisão de mercado e compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis, além de ter operacionalizado as estratégias anticompetitivas empreendidas.
- Condenado D: não exercia posição de liderança e participou de combinação de preços.

Os condenados A, B, C e D receberam multas em ordem decrescente. Na determinação dessas multas, o Conselheiro-Relator considerou que o Condenado A deveria pagar a multa de maior valor, por ser administrador. Já o B, valor inferior, mas ainda relevante, pois apesar de não ser administrador, chefou o conluio, tendo grande participação. Em seguida o condenado C, pois mesmo não exercendo posição de liderança, teve “intensa participação na conduta”. Por fim, o condenado D recebeu a menor multa, pois foi quem teve menor participação, além de deter menor poder decisório em relação aos demais.

Numa lógica diversa do cálculo dos valores das multas, a proibição de participar em licitações foi determinada apenas aos condenados B e C. Essa decisão demonstra algumas questões fundamentais. Em primeiro lugar, que para a aplicação dessa sanção, a posição de administrador não importa. Em segundo, que a liderança também parece não importar per se, pois embora o líder tenha sido condenado à proibição, outro participante que não era líder também o foi. Por fim, como semelhança entre os condenados B e C, é possível destacar o nível de participação deles na conduta, que é significativamente maior que os outros, considerando o número e a variedade de ações realizadas no conluio, bem como a sua importância para o cartel. O Conselheiro-Relator faz em seu voto uma lista, abaixo dos nomes dos Representados, indicando os ilícitos cometidos por cada um deles no âmbito do conluio. A lista para os condenados B e C foi muito mais extensa em relação aos demais.

A partir disso é possível extrair que, embora não tenha sido explicitamente indicado, um critério claro foi utilizado para determinar a condenação pela proibição temporária de licitar: o nível de participação do condenado no cartel.

Vale ressaltar que essa análise foi feita somente em relação às pessoas naturais. De fato, os critérios apresentados pelo Conselheiro Gilvandro Vasconcelos não seriam aplicáveis a pessoas jurídicas, uma vez que levavam em consideração a posição de administrador, que só pode ser exercida por pessoas naturais.

A adoção desse critério no caso acima suscita algumas questões significativas. Primeiro, ele não considera o papel que cada um exercia na estrutura do cartel, podendo deixar de punir o

¹⁵ Embora aqui fique clara a posição de liderança do Condenado B na conduta, ela não foi a razão para a aplicação da pena, mas meramente um fato constatado no voto do Conselheiro-Relator. Por isso, esse caso não foi inserido no item do critério da liderança.

líder, mesmo sendo crucial para o conluio. Além disso, existe um grau relevante de subjetividade na aplicação desse critério. Não é claro qual é o volume de participação e nem quais são as condutas que podem eventualmente ter um peso maior nessa valoração, a fim de determinar que um Representado teve um grau elevado de participação na conduta que justificasse a aplicação de uma pena especial.

c. Critério dos efeitos concorrenciais da proibição no mercado

O critério que mais apareceu, tendo sido discutido em 7 processos,¹⁶ foi o dos impactos concorrenciais da proibição no mercado. É um critério que funciona como meio de legitimar a aplicação da sanção de proibição de participar em licitações, uma vez que trata de comprovar que a ausência dos *players* condenados pelo período determinado na condenação não geraria efeitos negativos para a concorrência no mercado afetado pela conduta.

Com exceção do caso do cartel dos serviços médico-hospitalares, a análise dos impactos concorrenciais da proibição apareceu junto a algum outro critério, que por sua vez assumiu um papel principal para determinar a condenação. Isso reforça a classificação desse critério como negativo. Por isso, a ausência de impactos concorrenciais negativos da saída temporária de um dos *players*, não justificaria, por si, a aplicação da penalização.

Todavia, essa não é a lógica seguida em um dos casos analisados. No cartel das portas de segurança¹⁷ tal análise apareceu isoladamente, de modo que comprovada a capacidade dos ofertantes restantes do mercado de absorver a demanda existente, haveria então uma consequência automática de aplicar essa sanção a todos os Representados condenados.

É importante ainda destacar que a maneira como esse critério é apresentado nos votos dos Conselheiros varia bastante. Em algumas situações, foi feita uma análise do mercado em questão, com levantamento de estudos, *market share*, barreiras à entrada, capacidade dos concorrentes de absorver demanda e analisando as consequências possíveis da saída do *player* que se pretende punir. Já em outros, os Conselheiros se limitam a afirmar que a saída temporária da empresa alvo da sanção não causaria impactos negativos ao mercado.

No voto abaixo por exemplo, no âmbito do cartel dos vigilantes, o Conselheiro Abraham Sicsú simplesmente alega que a proibição da empresa condenada de participar em licitações não seria prejudicial à concorrência, sem apresentar nenhum tipo de demonstração ou análise para sustentar essa afirmação: “Ressalta-se que tal medida não afetará a prestação de serviços de vigilância no Rio Grande do Sul, pois existem várias outras empresas capazes de prestá-lo” (BRASIL, 2008).

Mesmo nos casos em que algum tipo de análise foi feita, não há qualquer uniformidade quanto ao seu grau de profundidade. Os dois trechos abaixo deixam isso claro. No primeiro caso, do cartel das portas de segurança giratórias, o Conselheiro Gilvandro Vasconcelos apresenta somente uma tabela fruto de “uma simples busca na internet”, contendo nome, localização e site de outras empresas que atuam no mercado afetado. Já no segundo voto, no âmbito do cartel das lavanderias hospitalares, o Conselheiro Alexandre Cordeiro desenvolve uma análise muito mais detalhada,

16 Processos Nº 08700.004617/2013-41 (BRASIL, 2019a), 08012.008850/2008-94 (BRASIL, 2016b), 08012.009611/2008-51 (BRASIL, 2022a), 08012.006130/2006-22 (BRASIL, 2017), 08012.001826/2003-10 (BRASIL, 2008), 08012.010932/2007-18 (BRASIL, 2015b) e 08012.003706/2000-98 (BRASIL, 2015a).

17 Processo Nº 08012.009611/2008-51 (BRASIL, 2022a).



contendo os possíveis cenários e seus potenciais efeitos na demanda do mercado, bem como as prováveis variações de HHI decorrentes da sanção.

Processo Nº 08012.009611/2008-51 (BRASIL, 2022a)

Voto do Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos

Além disso, destaca-se que, antes de determinar uma medida dessa magnitude, o Cade se certificou de que, no mercado em tela, existem diversas outras empresas (que não as ora Representadas) atuantes, de modo que os consumidores não sofreriam com falta de oferta de PSDMs. Por meio de uma simples busca na internet, este Conselho verificou vários outros agentes espalhados por todo o Brasil que poderiam suprir a demanda pelo produto, tais como:

Empresa	Localização	Site
Detronix	RS	www.detronix.com.br
Brasil Detectores	GO	www.brasildetectores.com.br
Magnetec	RS	www.magnetec.com.br
DB Detectores	SP	www.detectoresbrasil.com.br
MS Sistemas de Segurança	SC	www.mssistemasdeseguranca.com.br
Active Engenharia	SP	www.active.com.br
Santana Sistemas de Segurança	MG	www.santanaseguranca.com.br

Processo Nº 08012.008850/2008-94 (BRASIL, 2016b)

Voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro (voto condutor)

Entendo que a solução que melhor concilia os interesses públicos em questão é a imposição da sanção a apenas um dos membros do cartel, devendo recair esta escolha sobre a representada Brasil Sul em função da posição de liderança que assumiu na organização da conduta infrativa. Esta solução já foi adotada de modo unânime por este Cade no PA nº 08012.001003/2000-41 – cartel de postos de combustíveis de Londrina –, de Relatoria Cons. Ana Frazão. No caso concreto a aplicação a sanção deste tipo tende a assegurar redução do HHI ao redor de 2.200 pontos, variação negativa em torno de 600 pontos em relação ao que existia à época do cartel. Nos dois capítulos seguintes detenho-me em sustentar as vantagens que a medida poderia trazer para fomentar rivalidade no mercado em questão, bem como em demonstrar a inequívoca liderança da empresa que julgo merecedora de sanção mais gravosa que as demais.

[...] No caso concreto, em virtude da proibição de contratar com a Administração Pública imposta à Brasil Sul, o mercado de licitações para serviços de lavanderia hospitalar na região metropolitana do Rio de Janeiro apresentará crescimento singular de demanda para as empresas remanescentes no mercado.

[...] Igualmente, estando a Brasil Sul provisoriamente fora do mercado gerado pelas novas compras públicas, por força de punição estatal, terá que ocupar seu parque instalado e pressionará as margens das rivais que atendem demanda privada, dificultando qualquer acordo parcial ou global. Por fim, tendo sucesso em uma nova estratégia deste tipo, poderá constituir ameaça de desestabilização de qualquer

tentativa de acordo nas demandas de compras públicas, vez que desejará reocupar share ao final do período de proibição.

No caso do cartel das mangueiras marítimas (BRASIL, 2015b), esse critério foi trazido para discussão no Tribunal do Cade por iniciativa da defesa (foi o único desses casos em que isso ocorreu). Após oposição de Embargos de Declaração por parte da defesa, alegando que a condenação pela proibição de licitar prejudicaria a concorrência no mercado, a Petrobrás – compradora de mangueiras marítimas – enviou petição ao Cade apresentando uma série de informações acerca da dinâmica do mercado. Com base nessas informações, o Tribunal do Cade considerou que existiam outros fornecedores com capacidade instalada suficiente para absorver a demanda de fornecimento de produtos, de modo que a saída das empresas condenadas não traria impactos negativos à concorrência no mercado. Essa solução trouxe uma análise de mercado diferenciada, visto que não foi feita por meio de pesquisas na internet e nem por meio de estudos técnicos do Cade. Em contraste, ela foi guiada por dados e esclarecimentos fornecidos pela própria compradora das licitações, que além de ter profundo conhecimento e acesso a informações importantes acerca do mercado afetado, possui grande interesse em promover um ambiente competitivo.

A análise dos efeitos concorrenciais da saída de um dos competidores do mercado é de suma importância, uma vez que retirar empresas responsáveis por parcelas relevantes da oferta pode gerar efeitos opostos dos pretendidos. Segundo o relatório da OCDE *Collusion and Corruption in Public Procurement*, essa pena pode gerar um efeito paradoxal de redução do número de participantes potenciais de licitações a um nível não competitivo (OECD, 2010, p. 13). A redução da oferta em um mercado faz com que o preço de equilíbrio aumente, prejudicando o consumidor, que no caso de mercados de licitações é a própria administração pública. Mesmo que os ofertantes remanescentes consigam absorver as lacunas deixadas pelos competidores que foram proibidos de licitar, suprimindo a demanda do mercado, existem outros problemas. Isso ocorre porque mercados que possuem um universo pequeno de vendedores têm como características rivalidade menor entre seus concorrentes – podendo ser classificados como mercados oligopolistas – e maiores incentivos à cooperação, o que aumenta a probabilidade de novas práticas anticompetitivas (MANKIW, 2009, p. 81, 349).

A preocupação quanto aos efeitos concorrenciais para o mercado é especialmente importante porque os mercados de licitações públicas frequentemente envolvem requisitos especiais para os participantes, como por exemplo certificações técnicas e autorizações específicas. Por isso, o número de ofertantes já costuma ser naturalmente baixo. Logo, essa análise parte do pressuposto bastante claro de que essa punição não deve ser aplicada indiscriminadamente.

Existe ainda uma questão fundamental que não foi considerada em nenhum dos casos. Mesmo que uma análise aprofundada e adequada seja feita acerca dos efeitos da saída de um ou mais *players* do mercado afetado pelo cartel, em nenhum caso houve menção a outros mercados em que as empresas condenadas atuam. A saída de um *player* do mercado afetado pelo cartel pode não gerar consequências nocivas à concorrência naquele mercado. No entanto, ela pode prejudicar a concorrência em outros mercados em que ele atua, especialmente porque é bastante comum que uma mesma companhia tenha atividades em diferentes mercados de licitações. Exemplos muito claros disso são as empreiteiras, que normalmente atuam no segmento de obras públicas em mercados diversos. Além disso, a proibição de licitar durante anos pode gerar danos imensuráveis, pois o governo pode passar a ter novas demandas de contratação de serviços públicos que ainda



não existiam ao tempo da condenação e que necessitem requisitos cumpridos por poucas empresas. Dessa forma, ao fazer uma análise que não considera os efeitos potenciais da proibição em outros mercados, o Cade também corre risco de gerar prejuízos à concorrência, mais uma vez causando efeitos contrários dos pretendidos pela autoridade antitruste.

d. Critério do nível de importância do mercado afetado para a sociedade

Em um dos casos analisados – o cartel de próteses ortopédicas¹⁸ – a penalização foi decidida com base no critério do nível de importância do mercado afetado para a sociedade. A lógica parece ser a de que alguns mercados ou segmentos da economia são considerados de maior relevância para a sociedade, implicando maior interesse público e maior gravidade da conduta. Assim, quando práticas anticompetitivas ocorrem em mercados pertencentes a esses setores, elas devem estar sujeitas a penalizações mais severas.

No caso em tela, foi considerado que o fato do cartel afetar um segmento muito importante – o da saúde – justificaria a imposição da sanção da proibição temporária de licitar a todos os condenados. Ainda que não tenha sido o único critério utilizado no processo em questão,¹⁹ ele parece ter sido determinante para a tomada da decisão, tendo o Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos alegado que “o presente caso trata da formação de um cartel para fraudar licitações relacionadas à saúde pública, fazendo-se necessária a aplicação de medida adicional”, em seu voto para rejeitar os Embargos de Declaração opostos pela defesa.

Esse critério traz um problema fundamental: a definição dos mercados que podem ser considerados como importantes para a sociedade e que envolvem maior grau de interesse público é fundamentalmente subjetiva. Não há qualquer lista definindo quais são os mercados que se enquadram nessa categoria e nem parâmetros objetivos para nortear uma classificação desse tipo. Tampouco existe hierarquia que valora a importância de cada mercado para a sociedade.

Por sinal, o Cade já condenou uma série de cartéis que afetaram mercados de extrema relevância para a sociedade e cuja manutenção da concorrência inegavelmente é rodeada de interesse público, sem aplicar a sanção da proibição de participar em licitações. Exemplos disso foram o cartel de tubos e conexões,²⁰ que afetou licitações para a realização de obras de saneamento básico, e o cartel dos capacitores elétricos,²¹ que afetou licitações para a aquisição de serviços de transmissão e distribuição de energia elétrica.

e. Critério dos efeitos da proibição para os condenados

Um critério que foi abordado em 2 casos – cartel das mangueiras marítimas e cartel dos vigilantes²² – foi o dos efeitos da proibição para os condenados. Trata-se de um critério cuja discussão

18 Processo Nº 08012.008507/2004-16 (BRASIL, 2014b).

19 No Processo Nº 08012.008507/2004-16 (BRASIL, 2014b) esse critério foi aplicado em conjunto com o do número de licitações afetadas pelo conluio.

20 Processo Nº 08700.003390/2016-60 (BRASIL, 2016).

21 Processo Nº 08012.001377/2006-52 (BRASIL, 2006).

22 Processos Nº 08012.010932/2007-18 (BRASIL, 2015b) e 08012.001826/2003-10 (BRASIL, 2008).

foi sempre introduzida pelas defesas dos Representados, nunca tendo sido proposto de ofício pelo Cade. Além disso, não foi admitido para afastar a aplicação da sanção em nenhum dos processos.

É muito comum que empresas que atuam em mercados de licitações públicas tenham pouca ou nenhuma atuação fora desses mercados. O segmento de construção civil é um grande exemplo disso, já que algumas empreiteiras que atuam na construção de obras públicas possuem pouca atuação no mercado privado, uma vez que a dinâmica das contratações públicas funciona de maneira diferente, reunindo empresas que estão adaptadas aos requisitos técnicos dos editais das licitações e à própria dinâmica dos certames. Dessa forma, ao ficarem impedidas de participar de licitações por ao menos cinco anos, essas empresas sofreriam quedas bruscas de faturamento, o que dificultaria bastante o próprio pagamento da multa fixada pelo Cade.

Após as defesas apresentarem esse argumento, duas diferentes reações foram identificadas por parte dos Conselheiros. A primeira é a de rejeitar a defesa com a justificativa de que a proibição temporária de licitar poderia ser suportada pela empresa alvo da sanção. Exemplo disso foi o cartel das mangueiras marítimas,²³ no qual o Conselheiro-Relator Márcio de Oliveira Júnior identificou que existiam outros compradores potenciais no mercado nacional além da administração pública, de modo que a empresa ainda poderia continuar exercendo suas atividades. Já a segunda reação identificada é a de rejeitar o pleito da defesa com base em argumentos pouco técnicos, como no voto do Conselheiro-Relator Abraham Sicsú em Embargos de Declaração no cartel dos vigilantes:²⁴ “para cumprir as penalidades, as empresas deveriam fazer o uso da mesma criatividade que tiveram para a construção do cartel” (BRASIL, 2008).

f. Critério do número de licitações afetadas pelo conluio

Em três dos casos analisados – cartéis das portas de segurança giratórias, das mangueiras marítimas e das próteses ortopédicas –,²⁵ o Cade utilizou como critério o número de licitações afetadas pelo cartel. Esse critério parte do pressuposto de que, ao atingir um número de certames considerado elevado, o conluio seria considerado mais grave e, portanto, os condenados devem ser alvo de uma pena mais severa.

No cartel das portas de segurança²⁶ a justificativa apresentada no voto do Conselheiro-Relator Gilvandro Vasconcelos para a aplicação da sanção da proibição foi bastante aberta, mas mencionou o fato dos Representados condenados terem participado de cartéis em diversos certames:

36. Além da cominação de multa, o artigo 38, da Lei nº 12.529/2011, prevê a possibilidade de aplicação de outras sanções, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse públicos geral. Dessa forma, considerando que o cartel ora analisado ocorreu em diversas licitações, em patente prejuízo aos cofres públicos, vislumbro a necessidade de adoção de medidas adicionais para coibir tal prática.

23 Processo Nº 08012.010932/2007-18 (BRASIL, 2015b).

24 Processo Nº 08012.001826/2003-10 (BRASIL 2008).

25 Processos Nº 08012.009611/2008-51 (BRASIL, 2022a), 08012.010932/2007-18 (BRASIL, 2015b) e 08012.008507/2004-16 (BRASIL, 2014b).

26 Processo Nº 08012.009611/2008-51 (BRASIL, 2022a).



De maneira bastante semelhante, no cartel das próteses ortopédicas,²⁷ também houve menção no voto do Conselheiro-Relator ao fato do conluio ter se dado em “diversas licitações”. Ambos os Processos tiveram como Relator o Conselheiro Gilvandro Vasconcelos, com voto proferido no mesmo ano, o que explica o emprego dessa fundamentação nos dois casos.

Um argumento relevante levantado pela defesa em Embargos de Declaração opostos no segundo caso mencionado acima foi o de que a sanção da proibição fora aplicada a todos os Representados, ainda que alguns houvessem participado de apenas um processo licitatório, enquanto outros teriam participado em todos os quatro ocorridos. No entanto, o pedido foi negado sem a individualização da conduta de cada representado.

Outra questão importante identificada foi a inexistência de um número específico de licitações, tampouco uma duração de tempo definida da conduta, para que ela requeira que a sanção em análise seja determinada. Também não se trata de uma preocupação uniforme do Cade em todos os casos, já que existem processos que envolveram dezenas de licitações²⁸ e outros que envolveram apenas uma,²⁹ nos quais a mesma sanção foi aplicada.

Por outro lado, ao exigir que a infração abarque diversas licitações para que a pena seja aplicada, o Cade adota um critério de proporcionalidade. Desse modo, embora não exista clareza na aplicação, a adoção de um sistema de proporcionalidade se assemelha ao que é adotado em outros campos do direito, como por exemplo a reincidência na esfera penal, o que é um aspecto positivo.

g. Critério da classificação do cartel como *hardcore*

Em um dos processos analisados – o cartel das Unidades Móveis de Saúde³⁰ – foi utilizado o critério da classificação do cartel com *hardcore*. A lógica parece ser a de que caso um cartel seja classificado como *hardcore*, ele pode ser considerado como sendo mais grave, o que justificaria a aplicação da proibição de participar em licitações.

No voto condutor da condenação desse processo, a Conselheira-Relatora Paula Farani determinou a proibição de participar em licitações públicas a todos os Representados que foram condenados. A justificativa utilizada pela Conselheira foi o fato de o cartel ser considerado *hardcore*: “ressalto que em casos envolvendo cartéis *hardcore* em licitações públicas, o Cade tem entendido ser oportuno aplicar, além da multa, medidas acessórias voltadas a garantir o caráter dissuasório da prática”.

Conforme demonstrado no presente artigo e, ao contrário do que foi afirmado pela Conselheira Paula Farani, a aplicação dessa penalidade a todos os membros do cartel em casos de cartel *hardcore* não é um entendimento recorrente do Cade. Por sinal, esse foi o único caso em que houve algum tipo de menção ao fato de o cartel ser ou não *hardcore*.

A OCDE define cartéis *hardcore* como sendo “acordos anticompetitivos entre competidores para ajustar preços, restringir produção, apresentar propostas em conluio ou dividir ou compartilhar

27 Processo Nº 08012.008507/2004-16 (BRASIL 2014b).

28 Como por exemplo o Processo Nº 08012.010932/2007-18 (BRASIL, 2015b).

29 Como por exemplo o Processo Nº 08700.004248/2019-82 (BRASIL, 2022b).

30 Processo Nº 08012.009732/2008-01 (BRASIL, 2020).

mercados” (OECD, 2000, p. 6, tradução nossa). A formação de cartéis hardcore é considerada pela OCDE a infração mais grave à concorrência. Por isso, existe lógica em definir penas especiais para esses casos.

Todavia, utilizar esse critério para aplicar a proibição de participar em licitações gera um problema. Isso porque cartéis em licitação normalmente são cartéis hardcore, já que consistem essencialmente na apresentação de propostas em conluio, o que costuma preceder de um nível elevado de institucionalização, com reuniões para tratar de divisão de mercado e fixação de valores para as propostas. Isso se encaixa na definição de cartel hardcore.

Sendo assim, na prática bastaria que o critério fosse o cartel ser ou não em licitações para a condenação pela proibição licitar. Além da aplicação generalizada da sanção, disso surgiria ainda o problema da falta de individualização das condutas.

Ademais, o uso desse critério só faz sentido em cartéis hardcore que envolvem licitações, uma vez que a aplicação a sanção da proibição em conluios que sequer envolveram licitações careceria de racionalidade.

h. Nenhum critério utilizado

Em 9 dos 20 casos analisados, a pena de proibição de licitar foi determinada pelo Tribunal do Cade sem a utilização de qualquer critério, sendo simplesmente aplicada a todos os Representados no processo administrativo.

Em algumas situações, existe breve explicação para a aplicação da sanção, que reside em argumentos bastante subjetivos e abertos, como por exemplo a gravidade da conduta e a existência de interesse público pela condenação nesse sentido. Em outros casos, a condenação não acompanhou nem mesmo explicações breves e abstratas, contendo simples menção ao dispositivo legal que autoriza condenar pela proibição temporária de participar em licitações públicas. Cabe ainda mencionar que em alguns dos processos analisados a justificativa utilizada foi a existência de parecer do Ministério Público Federal (MPF) favorável à proibição. O parecer do MPF, por sua vez, não apresentava qualquer justificativa.

É importante ressaltar que a ausência absoluta de critérios e a utilização de critérios demasiadamente abstratos, além de prejudicar a segurança jurídica das decisões do Cade, fere o Decreto-Lei Nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), que prevê:

*Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, **não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.***

*Parágrafo único. **A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.**³¹ (BRASIL, 1942a, grifos nossos).*

O art. 20 da LINDB foi adicionado pela Lei nº 13.655/2018 (BRASIL, 2018b) e regulamentado

31 Esse artigo, tal como outros da LINDB, veio com uma reforma feita em 2018 por meio da Lei Nº 13.655/2018, a fim de trazer disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.



pelo Decreto nº 9.830/2019 (BRASIL, 2019b). O referido decreto estabelece, em seu artigo 2º, que a decisão administrativa deve ser motivada com a contextualização dos fatos envolvidos e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos. A motivação deve indicar as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasam, apresentando, de forma argumentativa, a relação entre as normas e os fatos. O art. 3º do Decreto clarifica que as decisões administrativas pautadas exclusivamente em valores jurídicos abstratos podem ser admitidas. Todavia, para isso é preciso seguir as regras de motivação mencionadas acima.

Nessa mesma linha, a Lei nº 9.784/1999 estabelece que os atos administrativos que imponham sanções devem ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos (art. 50, II) (BRASIL, 1999).

O Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, 2015d) também lida com essa questão, mas tratando das decisões judiciais. O art. 489, § 1º, do CPC, traz um rol exemplificativo de decisões que seriam consideradas infundamentadas, que inclui (i) a mera indicação de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida, e (ii) o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso. Todos os casos analisados neste artigo em que nenhum critério foi empregado para a aplicação da sanção se enquadram nessas duas situações.³²

Portanto, a proibição de licitar com base em valores jurídicos abstratos como “interesse público” e “gravidade da conduta”, bem como a ausência absoluta de justificativa mediante simples menção ao dispositivo legal, são vedadas pela legislação brasileira.

RESULTADOS

A identificação e a análise dos critérios utilizados pelo Cade para aplicar a proibição de participar em licitações indica dois resultados importantes. Em primeiro lugar, o de que não existem critérios consolidados na jurisprudência para pautar essa pena: nos 11 casos nos quais houve apresentação de algum critério, 7 critérios distintos foram discutidos. E mesmo dentro dos critérios que se repetiram, não houve um padrão quanto à maneira como ele foi aplicado. Em segundo lugar, não existe sequer uma cultura de utilização de critérios, pois em 9 dos 20 casos identificados – o que representa 45% do total de casos – houve condenação pela proibição de licitar sem que fosse apresentado qualquer critério claro.

Com base nos 7 critérios identificados nas decisões, cabe então analisar em que medida eles dialogam com os critérios genéricos estabelecidos no artigo 38, II, da Lei de Defesa da Concorrência (BRASIL, 2011): (i) gravidade dos fatos; e (ii) interesse público geral. É importante esclarecer que essa análise não segue parâmetros muito claros, porque trata-se de dois conceitos extremamente subjetivos. A tentativa é encontrar algum tipo de conexão entre os critérios da lei e os utilizados pelo Tribunal do Cade.

O primeiro critério – da liderança do cartel – dialoga diretamente com a gravidade dos fatos, uma vez que pressupõe que o exercício do papel de líder do conluio implica uma conduta mais grave por parte da pessoa condenada. Ele também dialoga razoavelmente bem com o interesse público,

32 Ainda que o Cade decida no âmbito de processo administrativo, as normas de processo civil são importantes, pois são aplicáveis subsidiariamente, nos termos do art. 115 da Lei de Defesa da Concorrência (BRASIL, 2011).

visto que cria desincentivos para a formação de novos cartéis, como já esclarecido neste artigo.

De maneira semelhante, o critério do grau de participação na conduta também se liga diretamente à gravidade dos fatos, pois uma participação mais intensa no cartel presume uma conduta mais grave do infrator. Aqui não existem efeitos dissuasórios tão claros quanto no da liderança, mas ainda assim é possível argumentar que esse critério cria incentivos para que os membros de cartéis não se dediquem muito para a operacionalização do conluio, o que pode dificultar a estruturação do cartel.

O terceiro critério, dos possíveis efeitos concorrenciais da proibição, está profundamente conectado com o interesse público, porque estabelece uma preocupação com a manutenção da concorrência no mercado, o que é de interesse difuso por excelência.

Os critérios do (i) nível de importância para a sociedade do mercado afetado; (ii) número de licitações afetadas pelo conluio; e (iii) cartel ser considerado hardcore, podem ser ligados à gravidade, pois partem do pressuposto de que quando determinadas situações são constatadas, há maior gravidade, o que requer uma sanção especial. Por outro lado, são critérios que implicam na aplicação da proibição a todos os condenados – caso sejam aplicados de maneira isolada –, o que pode gerar efeitos negativos no âmbito da concorrência, colidindo com o interesse público.

CONCLUSÃO

Com os devidos ajustes, a maior parte dos critérios analisados pode ser aplicada de maneira adequada, combinando critérios positivos e negativos. Os critérios da liderança e do nível de participação na conduta podem ser aplicados de forma adequada se seguirem parâmetros mais objetivos e determinados. O critério dos efeitos da proibição para a concorrência também pode ser aplicado de forma muito mais coerente se houver uma maior abrangência dos mercados que serão analisados, ou com uma menor amplitude da pena – isto é, reduzindo o escopo da proibição a um mercado ou um segmento específico, ou a um determinado escopo geográfico. Embora o critério do número de licitações afetadas resulte na aplicação a todos os condenados se empregado isoladamente, ele pode ser usado de forma combinada com outros critérios.

Todavia, dois deles parecem trazer problemas mais graves em sua aplicação, podendo ser considerados menos adequados que os demais. O primeiro é o critério do nível de importância do mercado afetado para a sociedade, pois envolve um alto nível de subjetividade, uma vez que não existe qualquer tipo de definição de quais mercados seriam considerados mais importantes e requereriam essa sanção. Já o segundo é o critério do cartel ser classificado como hardcore, que sequer é propriamente um critério, pois a definição de um critério parte do pressuposto de que ele deve ser aplicado a fim de diferenciar determinados casos dentro do universo de casos existente. Como ele resulta na penalização a todos os condenados em todos os cartéis em licitações, ele não funciona de fato como critério, sendo mera determinação de aplicação generalizada e indiscriminada da sanção de proibição de licitar.

Existem ainda outros critérios que poderiam ser adequados e que também seguiriam os parâmetros legais. A título de critério positivo, por exemplo, a reincidência da condenação por cartéis em licitações poderia ser um critério válido, pois expressa um juízo de proporcionalidade adequado e que contribuiria para gerar o efeito dissuasório da sanção. Por sinal, trata-se de critério



já empregado para dosimetria da pena na esfera penal, por exemplo.

Frente ao cenário jurisprudencial analisado, o mais importante parece ser (i) garantir que a pena da proibição de licitar sempre seja aplicada mediante o emprego de algum critério; e (ii) criar algum padrão mínimo nos critérios que são utilizados, para diminuir a imprevisibilidade. Com isso, será possível trazer maior coerência e segurança jurídica para as decisões do Cade em cartéis de licitações.

REFERÊNCIAS

ATHAYDE, Amanda. **Sanções Não Pecuniárias no Antitruste**. São Paulo: Singular, 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência da República, 1988.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia de Combate a Cartéis em Licitação**. Brasília: Cade, 2019c. Disponível em: <https://bit.ly/3ivMNB7>. Acesso em: 24 jul. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo administrativo nº 08012.010022/2008-16**. Interessados: Ministério Público do Estado de São Paulo, Serra Leste Indústria Comércio Importação e Exportação Ltda. [...]. Relatora: Conselheira Paula Farani de Azevedo, 20 de abril de 2021a. Disponível em: <https://bit.ly/3tStes5>. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo administrativo nº 08700.004455/2016-94**. Interessados: Superintendência Regional da Polícia Federal no Estado de Pernambuco, Artshop Comércio Ltda [...]. Relator: Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann, 18 de agosto de 2021b. Disponível em: <https://bit.ly/3MbcouP>. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo administrativo nº 08700.004617/2013-41**. Interessados: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, Alstom Brasil Ltda, [...]. Relator: Conselheiro João Paulo de Resende, 8 de julho de 2019a. Disponível em: <https://bit.ly/3k3y778>. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo administrativo nº 08012.009732/2008-01**. Interessados: Procuradoria da República no Município de Resende (Estado Rio de Janeiro), Santa Maria Comércio e Representação Ltda, [...]. Relatora: Conselheira Paula Azevedo, 9 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3QdZo9d>. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo administrativo nº 08012.008850/2008-94**. Interessados: SDE ex ofício, Brasil Sul Indústria e Comércio Ltda., [...]. Relatora: Conselheira Ana Frazão, 3 de fevereiro de 2016b. Disponível em: <https://bit.ly/3tJYjyi>. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo administrativo nº 08012.008507/2004-16**. Interessados: SDE ex ofício, Associação Brasileira de Ortopedia Técnica, [...]. Relator: Conselheiro Gilvandro Araújo, 10 de dezembro de 2014b. Disponível em: <https://bit.ly/3Q9l9Xx>. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo administrativo nº 08012.006199/2009-**

07. Interessados: SDE ex ofício, Auto Tintas Lages Ltda., [...]. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, 10 de dezembro de 2014a. Disponível em: <https://bit.ly/4764llY>. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo administrativo nº 08012.009611/2008-51.** Interessados: SDE ex ofício, Atto Indústria e Comércio de Equipamentos de Segurança Ltda., [...]. Relatora: Conselheira Lenisa Prado, 9 de fevereiro de 2022a. Disponível em: <https://bit.ly/46MFJV0>. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo administrativo nº 08012.010932/2007-18.** Interessados: SDE ex ofício, Bridgestone Corporation, [...]. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, 25 de fevereiro de 2015b. Disponível em: <https://bit.ly/473lt0P>. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo administrativo nº 08012.006130/2006-22.** Interessados: SDE ex ofício, Álamo Engenharia S.A., [...]. Relator: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, 16 de agosto de 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3QvcajV>. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo administrativo nº 08012.001826/2003-10.** Interessados: SDE ex ofício, Asservigs - Associação das Empresas de Vigilância do Rio Grande do Sul, [...]. Relator: Conselheiro Abraham Benzaquem Sicsú, 15 de outubro de 2008. Disponível em: <https://bit.ly/3SdINVp>. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo administrativo nº 08012.008821/2008-22.** Interessados: SDE ex ofício, As Brasvit Indústria e Comércio Ltda, [...]. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, 20 de janeiro de 2016a. Disponível em: <https://bit.ly/3MgSqii>. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo administrativo nº 08700.006551/2015-96.** Interessados: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Carlos Eduardo Correia dos Reis, [...]. Relator: Conselheiro Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, 18 de outubro de 2016c. Disponível em: <https://bit.ly/45KdapU>. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo administrativo nº 08700.011276/2013-60.** Interessados: CADE Ex Officio, Walter Marzagão Beringhs e Amilton Bento. Relator: Conselheiro João Paulo de Resende, 18 de novembro de 2015c. Disponível em: <https://bit.ly/3QwP5ys>. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo administrativo nº 08012.001003/2000-41.** Interessados: Promotoria de Justiça de Londrina/PR, Reginaldo Monteiro, [...]. Relatora: Conselheira Ana Frazão, 23 de outubro de 2013a. Disponível em: <https://bit.ly/3Q7baCh>. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo administrativo nº 08700.007278/2015-17.** Interessados: Empresa Brasileira de Infra-Estrutura Aeroportuária – INFRAERO, Alimentare Serviços de Restaurante e Lanchonete Ltda., [...]. Relator: Conselheiro Sérgio Costa Ravagnani, 3 de agosto de 2022c. Disponível em: <https://bit.ly/3s53o3l>. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo administrativo nº 08700.004248/2019-82.** Interessados: CADE Ex Officio, Bueno Engenharia e Construção Ltda., [...]. Relatora: Conselheira Lenisa Rodrigues Prado, 5 de outubro de 2022b. Disponível em: <https://bit.ly/3s4RQgP>. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo administrativo nº 08012.003706/2000-**



98. Interessados: Ministério Público Federal do Espírito Santo e Cooperativa dos Anestesiologistas e Outras/ES. Relator: Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, 9 de dezembro de 2015a. Disponível em: <https://bit.ly/495xRzn>. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo administrativo nº 08012.001099/1999-71.** Interessados: Steel Placas, Comepla Indústria e Comércio Ltda., [...]. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, 23 de maio de 2012. Disponível em: <https://bit.ly/3Fxi6nm>. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo administrativo nº 08012.005882/2008-38.** Interessados: SDE ex ofício Associação Brasileira de Extratores de Sal - ABERSAL, [...]. Relator: Conselheiro João Paulo de Resende, 23 de maio de 2018a. Disponível em: <https://bit.ly/3Q9x5bN>. Acesso em: 17 set. 2023.

BRASIL. **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019.** Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Brasília: Presidência da República, 2019b.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1942a.

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.** Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.** Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1992a.

BRASIL. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992.** Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1992b.

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 9.784, de 29 de janeiro de 1999.** Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília: Presidência da República, 1999.

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.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2013b.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2015d.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018.** Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília: Presidência da República, 2018b.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília:

Presidência da República, 2021c.

CADE. 1º DIA (04/10) | Semana Nacional de Combate à Cartéis 2021. Brasília, 2021. 1 vídeo (2 h 20 min 28 seg). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=c4H0i1frOWo&t=7624s>. Acesso em: 24 jul. 2023.

MACEDO, Alexandre Cordeiro; RODRIGUES, Eduardo Frade. Dimensionamento de sanções antitruste a cartéis. In: MATTOS, Cesar (org.). **A Revolução do Antitruste no Brasil: a era dos cartéis**. São Paulo: Singular, 2018. p. 87-128. Disponível em: <https://www.iiede.com.br/wp-content/uploads/2018/10/Artigo-Dimensionamento-de-sanc%C3%A7%C3%B5es-antitruste-a-carteis-versa-definitiva.pdf>. Acesso em 24 jul. 2023.

MANKIOW, N. Gregory. **Introdução à economia**. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDES, Gilmar; BUONICORE, Bruno Tadeu; DE-LORENZI, Felipe da Costa. *Ne bis in idem* entre direito penal e administrativo sancionador: considerações sobre a multiplicidade de sanções e de processos em distintas instâncias. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 192, p. 75-112, set. 2022. Disponível em: <https://bit.ly/473lTUY>. Acesso em: 27 set. 2023.

OLIVEIRA, Renan Cruvinel de. Definindo sanções ótimas a práticas anticompetitivas e corruptas: a punição a indivíduos por meio de mecanismos alternativos. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 8, n. 2, dez. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3QtEeoM>. Acesso em: 14 set. 2023.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Collusion and Corruption in Public Procurement**. Paris: OECD Publications Service, 2010. Disponível em: <https://bit.ly/3QoZaNH>. Acesso em: 24 jul. 2023.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Fighting Hard Core Cartels: harm, effective sanctions and leniency programmes**. Paris: OECD Publications Service, 2002. Disponível em: <https://bit.ly/44oisqv>. Acesso em: 24 jul. 2023.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Hard Core Cartels. Paris**: OECD Publications Service, 2000. Disponível em: <https://bit.ly/3FrIbnN>. Acesso em: 24 jul. 2023.

PAINEL de Compras. **Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos**, Brasília, 2023. Disponível em: <http://paineldecompras.economia.gov.br/contratos>. Acesso em: 24 jul. 2023.

SUNDFELD, Carlos Ari; NEVES, Camila Castro. A nova LINDB e os movimentos de reforma do direito administrativo. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, v. 126, p. 45-80, jun. 2023. Disponível em: <https://bit.ly/490bgUK>. Acesso em: 27 set. 2023.

